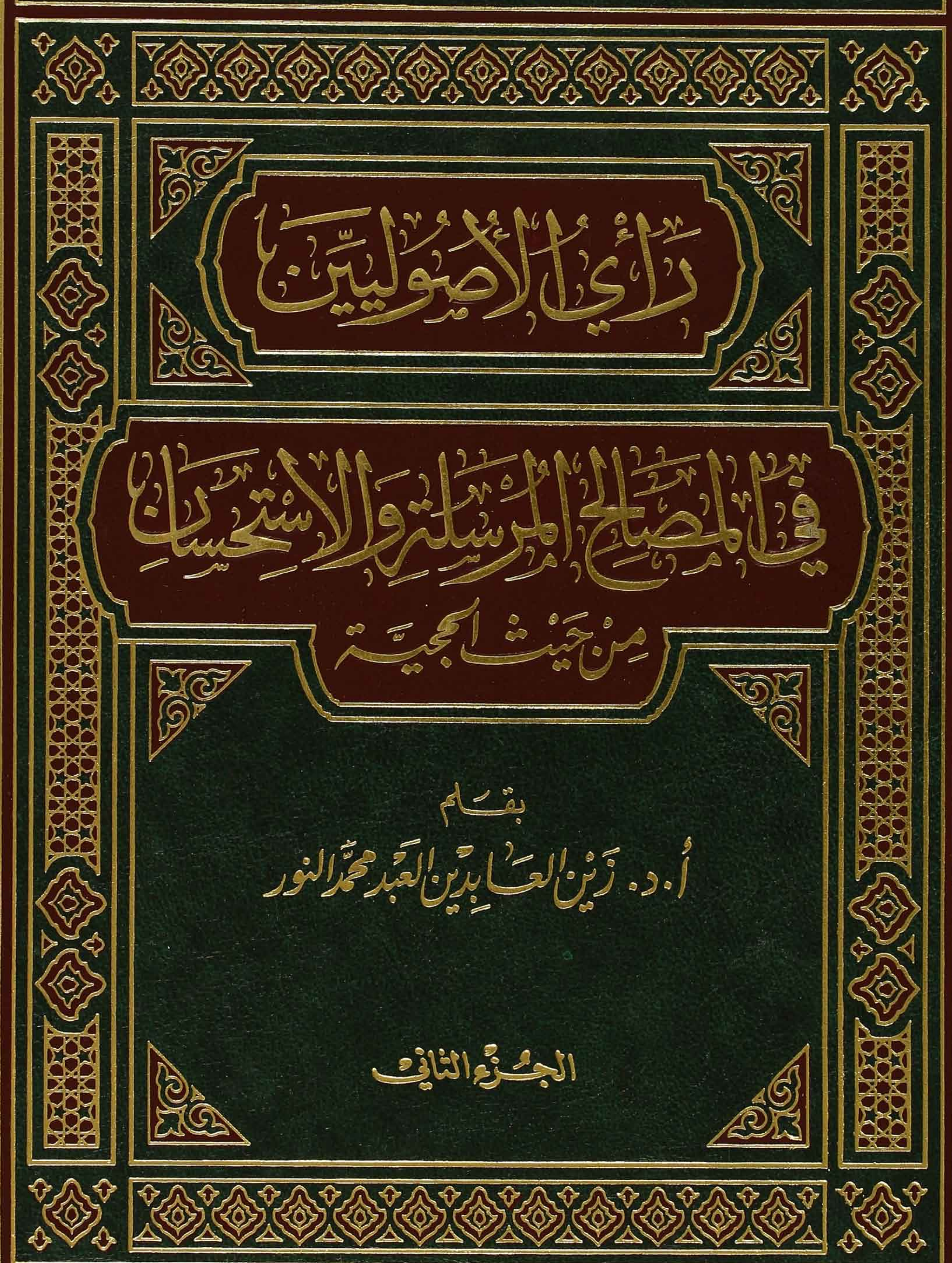
دولة الإمارات العربية المتحدة
حكومة دبي
دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث
دبي

سلسلة
الدراسات الأصولية
(١٩)



رأي الأصوليين

في المصالح المرسلة والاستحسان

من حيث الحجية

بقلم
أ.د. زين العابدين العبد محمد النور

الجزء الثاني

رأي الأصوليين

في المصالح المرسلة والاستحسان

من حيث الحجية

الطَّبْعَةُ الأولى
١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

جميع إصدارات الدار محكّمة علميًا

دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث

الإمارات العربية المتحدة - دبي - هاتف: ٣٤٥٦٨٠٨، فاكس: ٣٤٥٣٢٩٩، ص.ب: ٢٥١٧١
الموقع www.bhothdxb.org.ae البريد الإلكتروني irhdubai@bhothdxb.org.ae

دولة الإمارات العربية المتحدة
حكومة دبي

دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث

سلسلة
الدراسات الأصولية
« ١٩ »

رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان

من حيث الحجية

بقلم
أ. د. زين العابدين العبد محمد النور

الجزء الثاني

دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث

هذا الكتاب

هو موضوع رسالة جامعية

نال به مؤلفه درجة الدكتوراه من جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون ، سنة ١٣٩٣هـ=١٩٧٣م .

بإشراف أ. د. عبد الغني محمد عبد الخالق




الباب الثاني

في الاستحسان

والكلام فيه في فصول :

الفصل الأول : في الاستحسان المردود .

الفصل الثاني : في المتفق عليه .

الفصل الثالث : في المختلف فيه .

الفصل الرابع : في أنواع هذا الأخير .

الباب الثاني
في الاستحسان

والكلام فيه في فصول :

الفصل الأول : في الاستحسان المردود .

الفصل الثاني : في الاستحسان المتفق عليه فيما بينهم .

الفصل الثالث : في الاستحسان المختلف فيه « حقيقته ، أقسامه ، آراء العلماء فيه » .

الفصل الرابع : في أنواع الاستحسان المختلف فيه ، وهي : « دفع الحرج ، سد الذرائع ، مراعاة الخلاف » .

وقبل الخوض في الكلام على الاستحسان في هذه الفصول المتقدمة الذكر ، أذكر نبذة عنه تتعلق بمعناه لغة ، وما بين هذا المعنى اللغوي وغيره من معان اصطلح عليها أهل الأصول من مناسبة وارتباط .

معنى الاستحسان لغة :

معناه لغة : عدُّ الشيء حسناً (١) . أي اعتقادك ورؤيتك للشيء متصفاً بالحسن ، سواء كان ذلك الشيء المعتقد حسنه حكماً أو غيره ، كان المستند إليه في هذا الاعتقاد شرعاً أو عقلاً أو هوى .

---

(١) انظر : تاج العروس ، مادة : (ح س ن)، وترتيب القاموس والمختار .

مجمل معنى الاستحسان عند الأصوليين:

لقد أطلق الأصوليون لفظ الاستحسان على معان ، منها : المقبول عندهم ، ومنها المردود ، ومنها المختلف فيه . وكل هذه المعاني ترجع إلى أنَّ الاستحسان ترك دليل لدليل آخر ، وبعبارة أخرى تقديم دليل على دليل كما يأتي تفصيل ذلك ، كما أنَّهم استعملوا هذه الكلمة أيضاً فيما يجده المجتهد في نفسه من دليل لا يتمكن من إظهاره وإبرازه .

فتحصل من هذا أنَّ مجمل معنى الاستحسان يدور على هذين المعنيين، فما وجه الصلة بينهما وبين المعنى اللغوي ؟

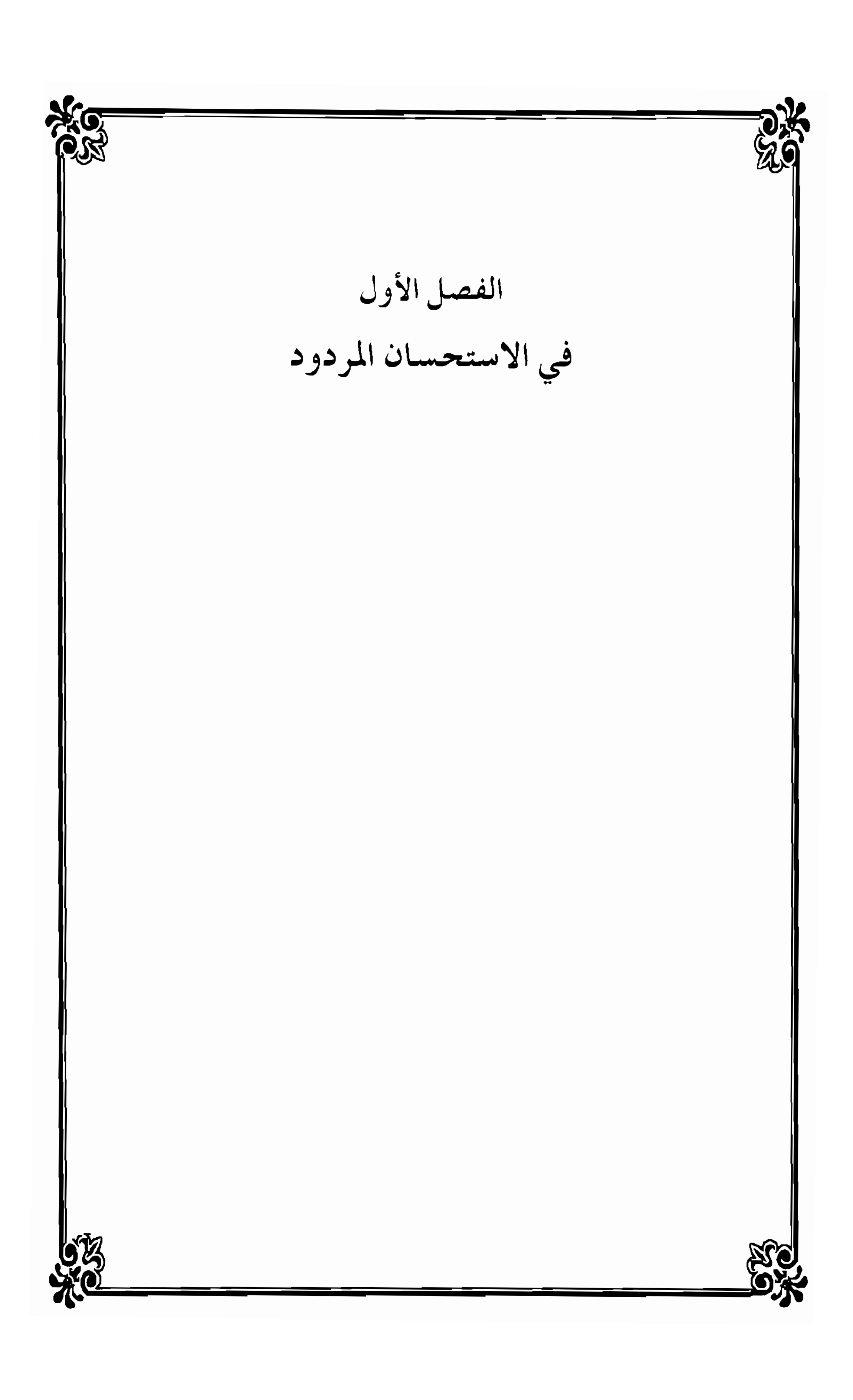
المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي :

الذي لا شَكَّ فيه أنَّ عد الشيء حسناً والميل إليه الذي ورد معنى للاستحسان لغة ، يدخل تحته تقديم الدليل واختياره على غيره الذي جاء معنى للاستحسان اصطلاحاً ، إذاً المجتهد الذي رأى هذا التقديم والاختيار لم يقدم عليه إلا لعده الدليل المقدَّم حسناً ، ومالت إليه نفسه دليلاً كان أو غيره ، بخلاف المعنى الاصطلاحي فإنَّه منحصر في عد الدليل حسناً فقط .

فيكون بين المعنيين العموم والخصوص المطلق ، يجتمعان في استحسان دليل من الأدلة على غيره وتقديمه عليه ، وينفرد اللغوي في استحسان شيء آخر غير الدليل ، كملبس ، ومركب ، ومشرب ، وما إلى ذلك . أمَّا بالنسبة للمعنى الآخر وهو ما يجده المجتهد في نفسه ... إلخ

والمعنى اللغوي ، فلَعَلَّ الصِّلة بينهما أنَّ ما يجده المجتهد في نفسه من الأدلة يصحبه عده له حسناً وسيلة إليه ، فتكون النسبة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي هذا هي نفس النسبة المتقدمة .

***



الفصل الأول

في الاستحسان المردود

الفصل الأول

في الاستحسان المردود

هذا الفصل سنتكلم فيه على معاني الاستحسان المردود ، وهي ثلاثة :

أحدها : ما يستحسنه المجتهد بعقله ورأي نفسه من غير دليل .

ثانيها : دليل ينقدح في ذهن المجتهد يعسر عليه التعبير عنه إذا فسر الانقداح بمعنى الوهم والشك .

ثالثها أيضاً : دليل ينقدح في ذهن المجتهد يعسرعليه التعبير عنه إذا كان انقداحه في ذهنه ، بمعنى ثبوته وتحققه في الذهن أو ظنه ظناً قوياً ، وكان ذلك في مقام المناظرة وإقامة الحجة .

المعنى الأول للاستحسان المردود :

هذا المعنى كما قَدَّمْنَا هو ما يستحسنه المجتهد ... إلخ[1] . والكلام فيه ينحصر في الآتي :

أولاً : في كلام العلماء حول نسبة هذا المعنى لأبي حنيفة وأصحابه .

ثانياً : في كلام الشّافعي في هذا المعنى مأخوذاً من كتابيه الرسالة والأم .

ثالثاً : تحقيق القول في هذا الاستحسان .

رابعاً : مناقشة من نفوا نسبة ذلك للحنفية .

---

(١) انظر ذلك في : تكملة الإبهاج لابن السبكي جـ٣ ص ١٢٤ ، والإسنوي جـ٣ ص ١٣٩ .

نسبة هذا الاستحسان للحنفية :

لقد نسب جمع من أهل الأصول هذا المعنى لأبي حنيفة وأصحابه [1]، وعزاه الآمدي وابن الحاجب لهم وللحنابلة معاً [2] ، وأنكر ذلك عليهم الجمهور ، وقال الشَّافعي في ردِّه قولته المشهورة : « من استحسن فقد شرع » ، ومعنى هذه العبارة أنَّ من أثبت حكماً بأنَّه مستحسن عنده من غير دليل من قبل الشَّارع ، فهو الشَّارع لذلك الحكم ، لأنَّه لم يأخذه من الشَّارع ، وهو كفر أو كبيرة [3] .

رأي العلماء في نسبة الاستحسان بهذا المعنى للحنفية :

لقد اختلف العلماء في نسبة الاستحسان بهذا المعنى لأبي حنيفة ، فأثبته البعض ونفاه البعض ، ولكُلٍّ فيما ذهب إليه وجهة استند إليها .

النافون لهذه النسبة :

وإليك كلام هؤلاء في إنكارهم واستبعادهم لهذه النسبة لأبي حنيفة - رضي الله عنه - .

كلام ابن العربي المالكي :

قد أنكر ابن العربي أن يذهب إلى مثل هذا أحد من الأتباع فضلاً عن الأئمة المجتهدين ، فقد جاء في أحكام القرآن له في تفسير قوله تعالى :

---

(١) تكملة الإبهاج لابن السبكي جـ٣ ص ١٢٣ ، وروضة الناظر ص ٨٥ .

(٢) ابن الحاجب مع شرح العضد جـ٢ ص ٢٨٨ ، والإحكام للآمدي جـ٣ ص ١٣ .

(٣) شرح العضد على ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨ .

﴿ وَكَذَلِكَ زَيَّنَ لِكَثِيرٍ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ ﴾ الآية[1] ، قوله : ذلك كله تعد في الأفعال ، وابتداء في الأقوال ، وعمل بغير دليل من الشَّرع ، ولذلك أنكر جمهور من النَّاس على أبي حنيفة القول بالاستحسان ، فقالوا : إنَّه يحرم ويحلل بالهوى من غير دليل ، وما كان ليفعل ذلك أحد من أتباع المسلمين فكيف بأبي حنيفة ؟[2] .

فكلام ابن العربي صريح في أنَّ التزيين الذي ارتكبه المشركون هو القول أو العمل بغير دليل شرعي وأنَّ هناك أناساً يعزون ذلك لأبي حنيفة وهو منه براء ، فهذا إنكار منه لنسبة هذا القول لأبي حنيفة -رضي الله عنه- . ثُمَّ بيَّن أنَّ استحسان أبي حنيفة هو عبارة عن العمل بأقوى الدليلين[3] ، وليس من قبيل هذا النوع المذموم .

ولَعَلَّ حجة ابن العربي فيما ذهب إليه من نفي الاستحسان بهذا المعنى ما شاهده وعلمه عن مذهب أبي حنيفة من عدم وجوده لهذا النوع فيه ، لذا نجده حصر معنى الاستحسان في القول بالدليل بل في القول بأقوى الأدلة ، ولا شَكَّ أنَّ هذا بعيد عن الحكم بالهوى . والله أعلم .

كلام ابن الحاجب :

وممن نفى نسبة ذلك أيضاً ابن الحاجب في مختصره ، فقد قال : « ولا يتحقق استحسان مختلف فيه »[4] ، فابن الحاجب بعد ما نقل عن غيره قول

(١) سورة الأنعام : الآية ١٣٧ .
(٢) أحكام القرآن جـ٢ ص ٧٤٥ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) ابن الحاجب مع الشرح جـ٢ ص ٢٨٨ .

أبي حنيفة بهذا النوع من الاستحسان ذكر رأيه في هذه النسبة، وحقق عدم صحة هذه النسبة بنفيه للاختلاف في معنى الاستحسان ، وإذا نفى الاختلاف فقد أثبت الاتفاق ، وهو يستدعي عدم قول أبي حنيفة بالاستحسان بهذا المعنى ، وإلا لما حصل اتفاق .

دليل ابن الحاجب على دعواه :

يظهر من كلام ابن الحاجب بمعونة شارحه العضد أنَّ دليله على نفي الاختلاف في الاستحسان هو استقراؤه للمعاني التي أطلقها الأصوليون على الاستحسان ، فقد تتبعها فوجدها غير صالحة للنزاع ، بل إمَّا متفق على ردها أو متفق على قبولها ، وليس هناك قسم مختلف فيه ، فإذا ثبت هذا عنده فلا مجال للقول بأنَّ أبا حنيفة يرى الأخذ بهذا النوع . فالمتفق على قبوله - حسبما يرى ابن الحاجب - قسمان :

أحدهما : تقديم بعض الأدلة على البعض الآخر عند قوته ، وتحت هذا أنواع ، منها : العدول عن قياس أقوى ، وتخصيص قياس بأقوى منه ، والعدول إلى خلاف النظير لدليل أقوى ... إلخ ما ذكره .

الثاني : دليل ينقدح في نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه إذا فسرنا الانقداح بالثبوت والتحقق ، أي ثبوت الدليل وتحققه في ذهن المجتهد في غير مقام المناظرة . والمتفق على ردِّه قسمان :

الأول : ما ينقدح من دليل في نفس المجتهد ... إلخ ، إذا فسرنا ذلك الانقداح بما يلوح في الذهن من غير أن يرقى إلى مرتبة الثبوت والتحقق ، بل كان الدليل مشكوكاً فيه أو متوهماً .

الثاني : ترك دليل متفق عليه لمجرد ما اعتاده النَّاس واستحسنوه من غير أن يثبت إقرار من الشَّارع لما اعتادوه ، ولا انعقد إجماع على جواز ذلك[1] ، كما يأتي تفصيل ذلك كله وتوضيحه .

ومقتضى كلام ابن الحاجب هذا أنَّ معاني الاستحسان لا تخرج من هذا الذي ذكره ، وأنَّ هذه المعاني لا خلاف فيها أبداً ، بل إمَّا متفق على ردها أو قبولها ، وما عداها لا وجود له ولا تحقق ، وإنَّمَا يفرض فرضاً ويقدر تقديراً ، فلو وجد لمنعناه لعدم وجود الدليل عليه .

كلام الإسنوي في هذا المقام :

يرى الإسنوي أنَّ هذه النسبة غير صحيحة ، وسبب رمي أبي حنيفة بها هو ما يتبادر إلى الإذهان من لفظ الاستحسان من أنَّه القول أو العمل بمقتضى الهوى ، فأخذ النَّاس من إطلاقات أبي حنيفة وأصحابه لهذه اللفظة أنَّهم يريدون هذا المعنى فحكوه عنهم ، ولو تريثوا في الأمر وكشفوا عن مراد أبي حنيفة وأصحابه لما نسبوا ذلك إليهم ، وهذا نصُّه :

« الاستحسان قال به أبو حنيفة وكذا الحنابلة ، وأنكره الجمهور لظنهم أنَّهم يريدون به الحكم بغير دليل ، حَتَّى قال الشَّافعي : « من استحسن فقد شرع » أي وضع شرعاً جديداً ، ثُمَّ قال : « وهو استفعال من الحسن يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحاً عند غيره ، وليس هذا محل خلاف لاتفاق الأمة قبل ظهور

---

(١) انظر : شرح العضد على ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨ .

المخالفين على امتناع القول في الدين بالتشهي ، فيكون محل الخلاف فيما عدا ذلك »[1] .

فجعل الإسنوي إنكار الجمهور مبنياً على ظن أنَّ المراد بالاستحسان المعنى المذموم ، وجعله هذا المعنى من المتفق على رده عند الأمة دليل على عدم ارتضائه هذه النسبة للحنفية ، وإلا لما كان هناك اتفاق على ردِّه .

رأي الحنفية أنفسهم في هذه النسبة :

لقد وقف الحنفية إزاء هذه النسبة لإمامهم موقف المنكر لها ، وأخذوا يدفعونها ويستبعدونها ، بل يتعجبون ويستغربون ممن ينسبها لأبي حنيفة ، ويرون نسبة أمثال هذه الأمور لا باعث لها إلا العداوة وقلة الدِّين والطعن في أئمة المسلمين .

يقول شارح أصول البزدوي حول هذه النسبة : « واعلم أنَّ بعض القادحين في المسلمين طعن على أبي حنيفة وأصحابه - رحمهم الله - في تركهم القياس بالاستحسان ، وقال : حجج الشَّرع : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، والاستحسان قسم خامس لم يعرف أحد من حملة الشَّرع سوى أبي حنيفة وأصحابه أنَّه من دلائل الشَّرع ، ولم يقم عليه دليل ، بل هو قول بالتشهي فكان ترك القياس به تركاً للحجة لاتباع هوى ، أو شهوة نفس ، فكان باطلاً .

ونقل عن الشَّافعي أيضاً أنَّه بالغ في إنكار الاستحسان ، وقال : « من استحسن فقد شرع » ، وكُلُّ ذلك طعن من غير روية ، وقدح من غير

---

(١) الإسنوي جـ٣ ص ١٣٩ ، ١٤٠ .

وقوف على المراد ، فأبو حنيفة - رحمه الله - أجل قدراً وأشد ورعاً من أن يقول في الدِّين بالتشهي ، أو يعمل بما يستحسنه من غير دليل قام عليه شرعاً »[1] ، كذلك نفى الكرخي وجود هذا النوع عند الحنفية فقال : « ليس الاستحسان قولاً بغير دليل بل هو بدليل » . ثُمَّ ذكر أنواعه ، وهي عبارة عن أدلة لا خلاف فيها[2] .

المثبتون لهذه النسبة إلى أبي حنيفة :

لقد ذهب جمهور من العلماء إلى ثبوت الاستحسان بالمعنى المتقَدِّم عن أبي حنيفة وأصحابه ، وهو الذي عليه أئمة الشَّافعية وغيرهم من العلماء .

وقد اختلف تعبيرهم عن نسبة هذا الاستحسان إلى أبي حنيفة ، فبعضهم اكتفى بمجرد النسبة ، وبعضهم جعل هذا المعنى أنَّه كان معروفاً مشهوراً ولا معنى للتشكك في نسبته إلى أبي حنيفة ، وبعضهم يجعل هذا المعنى مقدماً عند أبي حنيفة على بعض الأدلة الظنية ، وبعضهم يذهب إلى أبعد من ذلك ويذكر عن أبي حنيفة أنَّه يعتمد هذا الاستحسان اعتماداً كاملاً حَتَّى يقدمه في بعض الأحيان على الكتاب والسنة المتواترة ، وإليك عباراتهم في ذلك :

يقول السنجي[3] من الشَّافعية : «الاستحسان كلمة يطلقها أهل العلم على

---

(١) شرح أصول البزدوي جـ٤ ص ٣ .

(٢) انظر : نزهة الخاطر العاطر على روضة الناظر جـ١ ص ٤٠٨ .

(٣) هو الشيخ أبو علي الحسين بن شعيب بن محمد المروزي السنجي الشَّافعي ، كان إمام زمانه في الفقه ، تفقه ببغداد وخراسان ونيسابور ، كان من أصحاب القفال . توفي سنة ٤٢٠ هـ ، طبقات الشافعية لابن هداية الله ، وهامشها ص ١٤٢ ، ١٤٣ .

ضربين : أحدهما واجب بالإجماع ، وهو أن يقدم الدليل الشرعي أو العقلي على حسنه ، كالقول بحدوث العالم وقدم المحدث ، ومسائل الفقه .

والثاني : أن يكون على مخالفة الدليل ، مثل أن يكون الشيء محظوراً بدليل شرعي وفي عادات النَّاس إباحته ، أو يكون في الشَّرع دليل يغلظه وفي عادات النَّاس التخفيف ، فهذا عندنا يحرم القول به ، ويجب اتباع الدليل وترك العادة والرأي ، وسواء كان الدليل نصاً أو إجماعاً أو قياساً .

وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنَّ ذلك الدليل إن كان خبراً واحداً أو قياساً استحسن تركهما والأخذ بالعادات ، كقوله في خبر المتبايعين[(١)] : أرأيت لو كانا في سفينة ؟ فرد الخبر بالاستحسان وعادة النَّاس [(٢)] .

ويقول الرَّافعي[(٣)] : « المنقول عن أبي حنيفة أنَّه يتبع ما استحسن بالعادة ويترك الكتاب والسنة المتواترة ، ومثل لذلك بشهود الزنى »[(٤)] . وبعض العلماء يذكر أنَّ هذا الأمر هو الصحيح الثابت عن أبي حنيفة وأصحابه ولم يكتف هذا البعض بمجرد النقل عنه .

---

(١) نصُّه في الموطأ : « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار » . الموطأ جـ٢ ص ٦٧١ .

(٢) البحر المحيط للزركشي جـ٣ ص ١٧١ .

(٣) هو الإمام الرافعي شيخ الإسلام ، إمام الدِّين ، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن الفضل القزويني الشافعي ، صاحب العزيز الذي لم يصنف مثله في المذهب ، كان إماماً في الفقه والتفسير والحديث ، طاهر اللسان والتصنيف ، قال النووي : « كان من الصالحين المتكيسين ، وله كرامات ظاهرة » ، توفي سنة ٦٢٤ هـ ، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٢١٨ وما بعدها .

(٤) البحر المحيط جـ٣ ص ١٧٢ .

وبعضهم يجعل ذلك هو الصواب في النقل عن أبي حنيفة ، ومعنى هذا أنَّ محاولة تكذيب هذه النسبة قول قد جانب الصواب ، فهو محض الخطأ ، فلا شيء أبلغ في نسبة الاستحسان إلى أبي حنيفة من هذا ، يقول صاحب البحر المحيط وهو بصدد ذكر أنواع الاستحسان :

« السابع أي من معاني الاستحسان ما يستحسنه المجتهد برأي نفسه وحديثه من غير دليل ، وهذا هو ظاهر لفظ الاستحسان ، وهو الذي حكاه الشَّافعي عن أبي حنيفة كما قال القاضي أبو الطيب[1] في تعليقه ، وقال الشيخ الشيرازي : إنَّه الذي صح عنه ، وإليه أشار الشَّافعي بقوله : « من استحسن فقد شرع » ، وهذا مردود لأنَّه قول في الشَّريعة بمجرد التشهي ، ومخالف لقوله تعالى : ﴿ وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ﴾[2] ، لكنْ الحنفية ينكرون هذا التفسير لما فيه من الشناعة .

قلتُ : وهو الصواب في النقل عن أبي حنيفة ، وقد صنف الشَّافعي كتاباً في الأم في الرد على أبي حنيفة في الاستحسان ، ومن جملة ذلك رده عليه في خبر المتبايعين وشهود الزوايا »[3] .

ولَعَلَّ منشأ جزم الشَّافعية بهذه النسبة لأبي حنيفة هو ما جاء عن

---

(١) هو القاضي أبو الطيب طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبري ، شافعي المذهب ، كان إماماً ورعاً حسن الخلق ، قال الشيخ أبو إسحاق : « هو شيخنا وإمامنا وأستاذنا ، لم أر ممن رأيت أكمل اجتهاداً وأشد تحقيقاً وأجود نظراً منه » ، توفي ببغداد سنة (٤٥٠ هـ) . طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٥٠ ، ١٥١ .

(٢) سورة الشورى : الآية ١٠ .

(٣) البحر المحيط جـ٣ ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

الشَّافعي في كتابيه « الرسالة » و« الأم » من ذكر الاستحسان ورده ، والإشارة إلى المسائل التي عمل فيها المستحسنون بهذا النوع من الاستحسان ، فسلكوا سبيله في ذلك ، واعتقدوا أنَّ هذا الأمر الذي ذكره الشَّافعي ليس تخرصاً ولا فرضاً ، وإنَّمَا هو أمر شاهده الشَّافعي فجهر بإنكاره ورده .

ومما ورد عن الشَّافعي في هذا الشأن قوله : « الاستحسان تلذذ »[١] ، وقوله : « لو جاز لأحد الاستحسان في الدِّين ، جاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم »[٢] ، وقوله : « وأي استحسان في سفك دم امرىء مسلم »[٣] .

يقول في ذلك الشيخ السنجي وهو يشرح كلام الشَّافعي في الاستحسان وبين أنَّ كلامه يريد به أبا حنيفة وأصحابه : وأشار الشَّافعي بقوله : وأي استحسان ... إلخ ، إلى إيجاب الحد على المشهود عليه بالزنى في الزوايا ، قال أبو حنيفة : القياس أن لا رجم عليه ، لكنا نرجمه استحساناً ، وإنَّمَا قال الشَّافعي : « تلذذ » ؛ لأنَّه قد اشتهر عنهم أنَّ المراد به حكم المجتهد بما يقع في خاطره من غير دليل .

وقال ابن القطان [٤] : « قد كان أهل العراق على طريقه في القول بالاستحسان ، وهذا ما تستحسنه عقولهم وإن لم يكن على أصل فقالوا به

(١) انظر : الرسالة للشافعي ، تحقيق شاكر ص ٥٠٧ .

(٢) نقله في البحر المحيط للزركشي جـ٣ ص ١٧٠ .

(٣) انظر : المصدر السابق جـ٣ ص ١٧٠ .

(٤) ابن القطان هو أبو عبد الله الحسين بن محمد المعروف بالقطان الشافعي ، قال النووي : من أصحابنا أصحاب الوجوه ، توفي في حدود سنة ٤٢ هـ . طبقات الشافعية لابن هداية الله ، وهامشها ص١٥٣ .

في كثير من مسائلهم ، حَتَّى قالوا في الجزاء : إنَّ القياس أنَّ فيه القيمة ، والاستحسان شاة »[1] .

كذلك نرى الزركشي في بحره يصرح بأنَّ كلام الشَّافعي في الاستحسان وذمه له يقصد به الرد على أبي حنيفة ، فقد ذكر أنَّ الشَّافعي أنكر على أبي حنيفة حكمه بالرجم على من شهد عليه بالزنى أربعة ، كل رآه في زاوية من غير أن تقع رؤيتهم عليه دفعة واحدة ، كذلك أنكر عليه حكمه بعدم الحد واللعان فيما إذا قال لزوجته : يا زانية ، فقالت : بل أنت زان ، قال أبو حنيفة : لا حد ولا لعان ، لأنِّي أستقبح أن ألاعن بينهما ، قال الشَّافعي : وأقبح منه تعطيل حكم الله عليهما .

ثُمَّ قال الزركشي : وهذا صريح في أنَّ الشَّافعي فهم عن أبي حنيفة أنَّ مراده بالاستحسان هذا ، فلا وجه لإنكار أصحابه ذلك[2] .

كلام الغزالي في نسبة هذا الاستحسان لأبي حنيفة :

لقد تكلم الغزالي عن الاستحسان في كتابه المستصفى ، وذكر له ثلاثة معان ، اثنين مردودين وواحداً مقبولاً ، وأحد المردودين هو ما يستحسنه المجتهد بعقله ، والثاني دليل ينقدح في نفس المجتهد لا تساعده العبارة عليه ولا يقدر على إبرازه وإظهاره ، ونسب القول به لأبي حنيفة .

وقد وجَّه الغزالي رد هذين الاستحسانين فذكر بالنسبة للتعريف الأول

(١) البحر المحيط جـ٣ ص ١٧٠ .
(٢) المصدر السابق جـ٣ ص ١٧٠ ، ١٧٣ .

أنَّ ما يراه المجتهد بعقله لا نمنع جوازالتعبد به شرعاً ، فلو قال الشَّرع : إنَّ ما ترون بعقولكم حسنه فإنَّه مأذون لكم العمل به ، لما ترتب على ذلك محال .

أمَّا جواز التعبد به شرعاً فلا نسلمه إذ جواز التعبد إنَّمَا يعلم من النقل ولا دخل للعقل في مثل هذا ، وإذا نظرنا إلى النقل فلا نجد دليلاً يدلُّ على ذلك ، لا متواتراً ، ولا آحاداً ، فإذاً لا يجوز التعبد بهذا النوع من الاستحسان ولا اتخاذه دليلاً شرعياً .

كذلك يحتج الغزالي على بطلان هذا بأنَّ الإجماع قد انعقد قبل ظهور المستحسنين على أنَّه ليس لأحد من العلماء أن يحكم في حادثة بمقتضى ما تسوله له نفسه من غير نظر في الأدلة الشَّرعية ، وأنَّ من يحكم بمثل هذا يعد حاكماً بمجرد الهوى ، ولا فرق بين استحسانه واستحسان العامي على هذا ، إذ العالم إنَّمَا جَوَّز له الاجتهاد لنظره في الأدلة ، فإذا انتفى النظر في الأدلة انتفت خصوصية الاجتهاد به ، وصار هو والعامي سواء ، ومن المعلوم أنَّه لا حظ للعوام في إظهار الأحكام فيكون ما أدَّى إلى ذلك باطلاً .

يقول الغزالي في هذا : « الأصل الثالث من الأصول الموهومة : الاستحسان ، وقد قال به أبو حنيفة ... وله ثلاثة معان : الأول ما يستحسنه المجتهد بعقله ، ولا شَكَّ أنَّا نجوز ورود التعبد به عقلاً ... ، ولكن وقوع التعبد لا يعرف من ضرورة العقل ونظره ، بل من السمع ، ولم يرد فيه سمع متواتر ولا نقل آحاد » .

ثُمَّ قال : « إنَّا نعلم قطعاً إجماع الأمة قبلهم على أنَّ العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة »[1] .

وذكر في توجيه رد المعنى الثاني : أنَّ ما ينقدح في نفس المجتهد ... إلخ، هو في طي الكتمان وخبايا الصدور ، والله أعلم بما هنالك، أمَّا نحن فلا نعلم بصحة شيء وموافقة الشَّريعة إلا بعد إبرازه وإظهاره للعيان، فنقبل ما وافق الشَّرع ونرد ما خالفه ، أمَّا ما لا يستطيع صاحبه ترجمته فلا نقره لاحتمال أن يكون مجرد وهم وخيال لا يسنده دليل من الشَّرع ، وهو مردود قطعاً كما تقَدَّم في ردِّ المعنى الأول ، وأن يكون مبنياً على دليل شرعي وهو مقبول ، وما كان متردداً بين القبول والرد، فهو مردود عقلاً ونقلاً ، فلا يصح التمسك به ، فهو باطل وهوس .

وقد فَرَّع الغزالي على هذا المعنى قول أبي حنيفة ، بحد المشهود عليهما في الزوايا الأربع ، كل شاهد رآهما في زاوية من غير أن تجتمع شهادتهم على موضع واحد .

وإليك كلامه في هذا : قال بعد ذكره هذا المعنى : « وهذا هوس لأنَّ ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدرى أنَّه وهم وخيال ، أو تحقيق ، ولا بد من ظهوره ، فمن أين يعلم جوازه ، أبضرورة العقل أو نظره ، أو بسمع متواتر أو آحاد ، ولا وجه لدعوى شيء من ذلك ، وقد قال أبو حنيفة : إذا شهد أربعة ... »[2] .

---

(١) انظر : المستصفى جـ١ ص ٢٧٤ وما بعدها .

(٢) المصدر السابق جـ١ ص ٢٨١ .

خلاصة كلام الغزالي

لقد فهم مما أوردنا خلاصته عن الغزالي أنَّ هذين المعنيين للاستحسان لا يصح القول بهما وذلك لبطلان أحدهما جملةً وتفصيلاً ، وتردد الآخر بين الصحة والبطلان ، وقد قامت الأدلة على بطلان كلا النوعين .

وأنَّ هذين المعنيين قد قال بهما أبو حنيفة ، يؤخذ ذلك من قوله : إنَّا نعلم إجماع الأمة قبلهم على أنَّه لا يجوز للعالم أن يحكم بهواه ، فالضمير راجع إلى أبي حنيفة وأصحابه ، لأنَّهم قائلون بقوله ، أو إلى أبي حنيفة وغيره ممن وافقه في الرأي ، وقد تقَدَّم ذكر أبي حنيفة في أول كلامه ، ولم يرد ذكر غيره حَتَّى يقال : إنَّ الكلام يحتمل أن يكون راجعاً إليه لا إلى أبي حنيفة ، كما يؤخذ من قوله في المعنى الثاني لاوجه لدعوى شيء من ذلك . أي من دليل العقل والنقل على صحة هذا الاستحسان وأنَّه هوس .

ويدلُّ أيضاً على صدور هذه النسبة عن الغزالي أنَّه ذكر المعنى الثالث للاستحسان ، وأنَّه العدول عن دليل آخر كذلك ، ثُمَّ قال : ذكر هذا المعنى الكرخي وبعض أصحاب أبي حنيفة ممن عجز عن نصرة الاستحسان .

فكلامه هذا يدلُّ على أنَّ للحنفية معنى آخر هو ما عدا هذا الثالث فيكون هو الأول والثاني ، وأنَّ الحنفية قد حاولوا إثباته ونصرته فلم يتيسر لهم ذلك ، فذهبوا إلى نكرانه وانتحال غيره .

بين الغزالي وغيره في المعنى الثاني

لقد ذكر الغزالي أنَّ المعنى الثاني للاستحسان ، وهو ما ينقدح في ذهن المجتهد ... إلخ ، من المردود مطلقاً من غير تفصيل بين عمل الناظر به في نفسه وإفتائه الغير به ، وبين إثباته على المناظر ، وقد خالفه غيره فجعله حجة في الحالة الأولى ، لأنَّ المجتهد إذا ثبت واستقر لديه الدليل يجوز له الحكم بمقتضاه ولا يشترط إبرازه والتعبير عنه ، وإنَّمَا يشترط ذلك في حالة إثبات الدليل على منكريه . فعلى هذا فيكون مكان الاتفاق بين العلماء على ردِّ هذا النوع إنَّمَا هو في حالة المخاصمة فقط ، وغير هذا مما انفرد به الغزالي .

وذكر الغزالي أنَّ مسألة الزوايا مما فرع على هذا المعنى ، وهذا أيضاً مما خالفه فيه غيره ، فجعلوها من فروع الاستحسان بالمعنى الأول ، وهو ما يراه المجتهد بعقله ، وليس مما له دليل عسر التعبير عنه . ويمكن التوفيق بأنَّ ما يقوله المجتهد بعقله ، وما يتردد بين القبول والرد من الأدلة ، كلاهما خلا عن الدليل ، فجاز حمل هذا الفرع وهو شهود الزوايا على كُلٍّ واحد منهما . والله أعلم .

هذا كلام أئمة الشَّافعية حول نسبة هذا الاستحسان لأبي حنيفة ، وإليك كلام غيرهم في هذا .

نسبة القول بهذا الاستحسان
لأبي حنيفة من غير الشَّافعية

إنَّ نسبة هذا النوع من الاستحسان لم يختص بها الشَّافعية ، بل قد ذهب غيرهم إلى نسبة ذلك إلى أبي حنيفة ، فقد ذكر ابن السبكي في تكملة الإبهاج أنَّ ممن حكى هذا الاستحسان عن أبي حنيفة بشر المريسي كما ذكر أيضاً ذلك عن بشر الزركشي في البحر المحيط (١) .

ويقول ابن قدامة الحنبلي : « الاستحسان الذي يستحسنه المجتهد بعقله حكي عن أبي حنيفة أنَّه قال : هو حجة » . قال شارحه معلقاً على ذلك : « استصعب الكرخي وبعض أصحاب أبي حنيفة إثبات هذا المدعى، وعجزوا عن نصرته فمالوا إلى التأويل » ، ثُمَّ قال : « وهذا الذي ذكره الكرخي كفاه مؤنة الرد ، بل هو رجوع عن القول ورد بذاته » (٢) .

يعني أنَّ نفي الكرخي لوجود استحسان بهذا المعنى عن أبي حنيفة كفاه مؤنة الرد على من أنكر على أبي حنيفة ذلك ، وهو في نفس الوقت رد على أبي حنيفة .

نظرة في كلام الفريقين

إذا نظرنا إلى دعوى الفريقين : النافين والمثبتين نسبة هذا المعنى لأبي حنيفة نجد أنَّ نفاة ذلك لجئوا في تعزيز دعواهم إلى الواقع والمشاهد عن أبي حنيفة كما يظهر من كلام ابن العربي ، حيث حصر الاستحسان

---

(١) انظر : تكملة الإبهاج جـ٣ ص١٢٤ ، ١٢٥ ، والبحر المحيط ج٣ ص١٧٠ .
(٢) انظر : روضة الناظر وشرحها جـ١ ص٤٠٨ .

عند أبي حنيفة على القول بأقوى الدليلين فقط .

كما أنَّ بعضهم عضد كلامه بعدم تحقق استحسان مختلف فيه في الوجود بين المسلمين ، وفي القول بوجود نوع يمكن الاختلاف فيه ضرب من الفرض والتخمين كما هو صريح كلام ابن الحاجب وشارحه العضد .

وذهب بعضهم إلى توهين دعوى من يقول بوجود هذا النوع عند الحنفية بأنَّهم غرهم ظاهر اللفظ وليس كلامهم ناشئاً عن تحقق ذلك في الخارج كما ذكر الإسنوي .

وإذا التفتنا إلى مَنْ يقولون بنسبة ذلك إلى أبي حنيفة نجدهم أكثر عدداً من غيرهم ، فهم الجمهور كما اعترف بذلك مَنْ خالفهم كابن العربي والإسنوي كما تقَدَّم .

ثُمَّ إنَّنَا قَدَّمْنَا أنَّ النسبة وردت بطرق أقوى فبعضهم عبر عن هذه النسبة بأنَّها هي الصحيحة ، وبعضهم بأنَّ ذلك هو الصواب ، وبعضهم جعل هذا الأمر قد وصل إلى حد الشهرة والاستفاضة حَتَّى صار أهل العراق يعرفون به ويعرف بهم كما تقَدَّم بيان ذلك تنصيصاً .

بل إنَّ هؤلاء لم يكتفوا بمجرد النسبة أو ترجيحها أو قوتها ، بل شفعوا قولهم بعمل الحنفية بهذا النوع في عدة فروع ذكرناها فيما تقَدَّم .

فبهذا الذي ذكرناه عن الفريقين يظهر لنا أنَّ نسبة ذلك أقوى من النفي ، على أنَّ القول بعدم تحقق هذا النوع يناقضه ما أورده المثبتون من الفروع الشاهدة بذلك ، بل إنَّ بعض أئمة الحنفية كمحمد بن الحسن ليجهر بعدم الدليل في بعض هذه الفروع ، كما يأتي ذلك قريباً إن شاء الله .

على أنَّ قول ابن الحاجب : إنَّه لا يوجد استحسان مختلف فيه يردُّه أنَّ من أنواع الاستحسان : الاستحسان المصلحي الذي هو أحد أنواع المصلحة المرسلة . وقد ضرب الخلاف فيه أطنابه ، كما أنَّ دعواه هذه يردها أنَّ الشَّاطبي قد ذكر[1] ، - وإن لم ينسبه للحنفية - أنَّ هناك مَنْ يرى من النَّاس بناء الأحكام على ما تراه العقول صواباً وافق الشَّرع أو خالفه ، ذكر ذلك في كتابيه : الاعتصام والموافقات ، فدعوى الاتفاق على رد القول بالهوى ومقتضى العقل المحض ، غير صحيحة .

أمَّا الحنفية فلم يزيدوا على أن نفوا عن إمامهم القول بذلك ، واستبعدوا صدور ذلك عنه ، إلا أنَّ إثبات غيرهم له يضعف هذا النفي .

ولما كان مصدر الشَّافعية في نسبتهم القول بالاستحسان هذا لأبي حنيفة كلام الشَّافعي ، نرى لزاماً علينا أن نورد ما قاله الشَّافعي في هذا حَتَّى يتبين لنا الأمر جلياً .

كلام الشَّافعي في الاستحسان

هذا المبحث سنورد فيه كلام الشَّافعي - رضي الله عنه - في الاستحسان من كتاب الرسالة ، ثُمَّ نورد كلامه في كتاب الأم ، وذلك لأنَّ الشَّافعية الذين نقلنا عنهم ثبوت الاستحسان عن أبي حنيفة اعتمدوا في قولهم على كلامه في الرسالة والأم .

والذي ينبغي القيام به قبل أن نحكم بما نراه في هذا الموضع أن نطلع على كلام الشَّافعي في كتابيه المتقدمين ، حَتَّى نقف على سباقه ولحاقه

---

(١) انظر : الاعتصام جـ٢ ص ٣٥٣ .

وخصوصاً أنَّ كتبه بين أيدينا يمكننا الوقوف عليها ، فلا حاجة بنا إلى الحكم في هذا الأمر بما نقل عنه من نصوص متقطعة ، حَتَّى إذا انتهينا من جلب كلام الشَّافعي وبيان المراد منه ، ذكرنا موقف الحنفية مما ذكره الشَّافعي عنهم، أهم مسلمون به ، ثُمَّ هم بعد ذلك هل يوافقون في أنَّ المراد منه نفس ما فهمه الشَّافعي فيكونون قائلين بذلك وتلزمهم الحجة ، أم يسلمون بثبوته ويخالفونه في المراد منه ، أم ينكرون ثبوت ما نقله الشَّافعي رأساً فلا يكون لما قاله الشَّافعي لديهم مكانة ؟ لا يخلوا الحال من واحد من هذه الاحتمالات .

كلام الشَّافعي في الرسالة

قد مَرَّ شطر من كلامه - رضي الله عنه - منقولاً عن أصحابه عند القول بنسبة القول بالاستحسان إلى أبي حنيفة ، ومن المعلوم تاريخياً أنَّ الشَّافعي لم يعاصر أبا حنيفة ، بل يقال : إنَّ ميلاده كان يوم وفاة أبي حنيفة .

فبناء على هذا فكُلُّ ردٍّ من الشَّافعي على أبي حنيفة إنَّمَا هو ردٌّ لما أثر عنه من قول بالاستحسان ، أو عمل بمقتضاه عند أصحابه .

والذي يقف على كلام الشَّافعي في كتابه الرسالة في مبحث الاستحسان ، وكذا في كتاب إبطال الاستحسان الذي هو ضمن ما اشتمل عليه كتاب الأم للشَّافعي ، لا يجد التصريح بذكر أبي حنيفة ولا التصريح بذكر أحد من أصحابه ، وإنَّمَا يجد الشَّافعي يخاطب شخصاً قد سأله عن مسائل فيجيبه الشَّافعي عن سؤاله ، ثُمَّ يناقش ذلك السَّائل الشَّافعي في الإجابة أحياناً شأن المتناظرين ، ولم يصرِّح الشَّافعي باسم السائل أبداً .

وقد علمنا مما قَدَّمْنَاه في تقرير نسبة الاستحسان إلى أبي حنيفة أنَّ أصحاب الشَّافعي أو الشَّافعية فهموا من كلام الشَّافعي أنَّه يقصد به أبا حنيفة .

وسأذكر كلامه في موضعين : أولهما : ما ذكره في الرسالة ، وثانيهما : ما ورد في كُلٍّ من الرسالة والأم .

الموضع الأول

لقد ذكر الشَّافعي وهو يتكلم على أقسام البيان ، ويعني بها ما كلف الله به عباده وتعبدهم به على لسان رسله من كتاب وسنة واجتهاد ، فذكر أنَّ الله أبان لخلقه ما خاطبهم به في كتابه العزيز من وجوده : منها طريق النص على الأحكام ، مثل : وجوب الصَّلاة والزكاة... إلخ ، ومثل : تحريم الفواحش ما ظهر منها وما بطن .

ومنها ما أحكم فرضه في كتابه ، وبيَّن كيفيته على لسان نبيه كعدد الصَّلاة والزكاة ووقتها ، وغيرذلك .

ومنها ما سَنَّه رسول الله ﷺ مما ليس فيه نص حكم في كتابه العزيز ؛ لأنَّ الله قد فرض طاعة رسوله ، والانتهاء إلى حكمه ، فمن قبل عن رسول الله ﷺ فبفرض الله قبل .

ومنها ما فرض الله الاجتهاد في طلبه على خلقه ، مثل الاتجاه نحو الكعبة لمن غابت عليه عينها ، قال تعالى : ﴿ **قَدْ نَرَىٰ تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ**

فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ ﴾[1] . وقد نصب لهم علامات تهديهم إلى ما طلب منهم - وهو التوجه شطر المسجد الحرام - من نجوم ورياح وشمس وقمر إلى غير ذلك ، قال تعالى : ﴿ وَعَلامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴾[2] .

ولم يكل الأمر في مشيئتهم واختيارهم في أن يتوجهوا حيث شاءوا ، بل أمرهم عند غياب المسجد عنهم بالاهتداء إليه بما دلهم عليه مما مَرَّ ذكره من نجوم ... إلخ .

يقول الشَّافعي في ذلك : « ولم يكن لهم إذا كان لا يمكنهم الإحاطة في الصواب إمكان من عاين البيت أن يقولوا : نتوجه حيث رأينا بلا دلالة »[3]، وكذلك شأنه تعالى في الأمر والنهي ، فلم يتركهم سدى من غير أن يأمرهم وينهاهم ، بل قيدهم بأوامره ونواهيه مما جاء على لسان رسله فقال تعالى : ﴿ أَيَحْسَبُ الإنسَانُ أَن يُتْرَكَ سُدًى ﴾[4]، أي غير مأمور ولا منهي .

ثُمَّ بعد ما حصر أنواع البيان والخطاب الرباني فيما تقَدَّم قال : « فهذا يدلُّ على أنَّه ليس لأحد أن يقول قولاً بما يستحسن »[5] .

ثُمَّ بيَّن معنى القول بالاستحسان بأنَّه إحداث شيء على غير مثال سابق، ومعنى هذا أنَّه تغيير داخل في أقسام البيان التي ذكرها فيما تقَدَّم .

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٤٤ .
(٢) سورة النحل : الآية ١٦ .
(٣) الرسالة ص٥٠٣ .
(٤) سورة القيامة : الآية ٣٦ .
(٥) الرسالة ص٢٥ .

ثُمَّ رمز إلى مسائل خالف فيها أبو حنيفة ، فقال فيها بالاستحسان بالمعنى المتقَدِّم ، منها : مسألة جزاء الصيد ، فإنَّ الشَّافعي يرى أنَّ قول أبي حنيفة فيها قول غير مستند إلى واحد من أنواع البيان المتقَدِّمة ، فتكون شيئاً مستحدثاً على غير إذن الشَّرع فيه ، وهو معنى الاستحسان .

وذلك أنَّ أبا حنيفة يرى أنَّ الواجب قيمة الصيد لا مثله من النَّعَم كما هو نص الآية ، فيرى أن يقَوَّم الصيد ثُمَّ لمن أصاب الصيد الخيار في أن يشتري به نعماً أو طعاماً كما يأتي تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى(١) .

الموضع الثاني

سنذكر في هذا الموضع كلام الشَّافعي في الرسالة والأم ، وهو في الأم أوفى منه في الرسالة ، لقد اشتمل الكلام هنا على تحديد الاستحسان وحكمه ودليل ذلك ، وسأجلب في كل نقطة من هذه النقاط الثلاث كلاماً للرسالة والأم معاً ، لما في كلام الأم من البيان والتفصيل لكلام الرسالة ، فأقول :

لقد استهلَّ الشَّافعي الكلام على الاستحسان بمقدمة في الكلام على الاجتهاد ، وأنَّه لا بد له من سبب يدعو إليه ومطلوب يتحصل من طريقه ، ثُمَّ ذكر أنَّ هذا المطلوب وتلك الغاية الباعثة على الاجتهاد لا بد لأجل الحصول عليها من دليل يرشد إليها ، وعلامة تهدي المجتهد إلى الوقوف عليها ، فمثلاً مَنْ أراد الصَّلاة وقد غابت عنه عين الكعبة يبذل جهده في أن يهتدي إلى جهة الكعبة ، فيبحث ويسأل ويتلمس الأدلة التي تهدي إلى

---

(١) انظر : الرسالة في هذا الموضوع ص٢١ وما بعدها .

جهتها من شمس وقمر ونجوم وجبال وشجر ورياح إلى غير ذلك من الدوال ، فإذا حصل على تلك الأدلة أدته إلى مطلوبه ، وهو الجهة التي فيها الكعبة ، فيقصدها للصَّلاة ، فبحثه اجتهاد ، والنجوم ... إلخ علامات هادية ، ومعرفة الجهة هي المطلوب .

وغرض الشَّافعي من هذه المقدمة أن يتوصل إلى أنَّ الفقيه أو المجتهد له مطلوب ، هو حكم الله في الحادثة ، فيجتهد في تحصيل هذا المطلوب بالبحث عنه في مظانه وأدلته وعلاماته ، فيعثر عليه من خلال ذلك ، فاجتهاده عبارة عن إعمال فكره في النصوص ، ومطلوبه الحكم المستنبط منها ، ومرشده إلى هذا الحكم هو النص والقياس .

وهذا الطريق المتقَدِّم هو الطريق الذي رسمه الشَّارع للمجتهد ، فليس له العدول إلى غيره ، ثُمَّ بعد ما بين الاجتهاد والمجتهد فيه وغاية الاجتهاد ، شرع يتكلم على أنَّ ما كان غير هذا الذي قدمه فليس اجتهاداً شرعياً وأنَّه استحسان ، وهو عبارة عن ترك الدليل الذي نصبه الشَّارع علامة على الحكم ، والتوصل إلى الحكم بطريق آخر غير الطريق الذي رسمه الشَّرع لهذا الحكم . ولنسمع كلام الشَّافعي في هذا ، قال في الرسالة : « والاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبداً إلا على عين قائمة تطلب بدلاً يقصد بها إليه ، أو تشبيه على عين قائمة .

ثُمَّ بيَّن قصده من الاجتهاد ومن كلمة الاجتهاد والعين القائمة التي تطلب لتدل على غيرها وذلك المطلوب بقوله : « والخبر من الكتاب والسنة عين يتأخى [1] معناها المجتهد ليصيبه ، كما البيت يتأخاه من غاب

(١) يتأخى : يتحرى : مختار الصحاح : (أخ ي) .

عنه ليصيبه أو قصده بالقياس ، ثُمَّ قال : والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق [1] . والمعنى الذي يتأخاه المجتهد هو الحكم الذي يستنبطه من الأدلة من نص أو قياس .

حكم القول بالاستحسان

فإذا علمت حقيقة الاستحسان وأنَّه قول بغير دليل ، فقد بيَّن حكم ذلك وأنَّه محظور شرعاً ، وليس لأحد أن يقول في شرع الله إلا بدليل وحجة من نصٍّ أو قياس ، وإليك نص عبارته في الرسالة مشيراً إلى ما قَدَّمْنَاه من قانون الاجتهاد ، وما ينبغي أن يترسمه المجتهد فيه من طريق » .

وهذا يبين أنَّ حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر ، وأن ليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد ، والاجتهاد ما وضعت من طلب الحق ، ثُمَّ يجيب مَنْ سأله عن جواز القول بالاستحسان بغير قياس بقوله : « فقلتُ : لا يجوز هذا عندي -والله أعلم- لأحد ، وإنَّمَا كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر باتباعه ، وفيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر»[2] .

وقال في الأم : « لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ، وذلك الكتاب ثُمَّ السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا ، ولا يجوز له أن

---

(١) الرسالة : ص ٥٠٣، ٥٠٤ .

(٢) المصدر السابق : ص ٥٠٤ .

يحكم ولا يفتي بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واجباً ، ولا في واحد من هذه المعاني »[1] .

ثُمَّ ذكر أنَّ الاستحسان ما هو إلا شيء تستلذه النفوس وتهواه ، ولا يمت إلى أدلة الشَّرع بصلة قريبة ولا بعيدة ، فقد قال : « وإنَّمَا الاستحسان تلذذ »[2] .

هذا والذي يظهر من كلام الشَّافعي - رضي الله عنه - في حكم الاستحسان بهذا المعنى أنَّ القائل به فاعل لمحرم ، ولم يقل : إنَّه كافر . كما جاء في عبارة العضد في أول هذا المبحث ، فيكون بين العلماء خلاف في حكم من قال بالاستحسان من حيث كون القول به مكفراً أو لا .

ولَعَلَّ التوفيق في هذا ممكن بحمل كلام مَنْ جعله مكفراً على مَنْ يحكم به مع علمه بخروجه عن حدود الشَّرع ، ومَنْ قال بالحرمة فقط راعى أنَّ القائل به له شبهة في القول به ومتمسك[3] ، فلم يكن يرى نفسه خارجاً عن حدود الشَّرع ، وإنَّمَا لم يجعل القول بالاستحسان من قبيل الخطأ في الاجتهاد الذي لا إثم فيه ؛ لأنَّ ذلك - والله أعلم - فيمن سلك طريق الاجتهاد الشَّرعي من النظر في الأدلة ، ثُمَّ لم يوفق في إدراك الصَّواب لأنَّه قد عمل ما أمر به ولم يصب الحقيقة .

أمَّا هذا فلم يسلك الطريق المرسوم شرعاً ، ولذا لم يعذر وحكم عليه بكونه فاعلاً فعلاً حراماً .

---

(١) الأم ص ٢٧٠ .

(٢) الرسالة ص ٥٠٧ .

(٣) الاعتصام جـ٢ ص ٣١٧ .

الأدلة على منع الاستحسان

ثُمَّ أخذ الشَّافعي يقيم الأدلة على ما ذهب إليه من حرمة القول بالاستحسان ، فذكر عدة أدلة :

أحدها : أنَّه لو جاز القول بالاستحسان لجاز لأهل الفكر والنظر ممن لا صلة لهم بعلوم الشَّريعة القول برأيهم ، ويكون ما رأوه شرعاً متبعاً ، ومن المعلوم أنَّه لا سبيل لغير أولي الأمر من العلماء حظ ولا نصيب في القول بالشَّرع اتفاقاً ، فما أدَّى إلى الإذن لهم في القول ، يكون باطلاً مخالفاً للإجماع .

فبيان أنَّ القول بالاستحسان يؤدِّي إلى جواز القول لغير العلماء أنَّه لا فرق بين العالم بالشَّريعة وغيره إلا أنَّ أحدهما يصدر حكمه بمقتضى الشَّريعة ، والثاني ليس كذلك ، فإذا لم يعمل العالم بمقتضى الشَّرع وسلك طريقاً آخر كان هو وغيره ممن لهم فكر وتدبير سواء في ذلك ، فإذا جاز هذا الطريق المغاير للشَّرع للعالم جاز لغيره .

وبيان أنَّه لا حظ لغير العلماء في الأحكام دليل الكتاب والإجماع ، أمَّا الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنكُمْ** ﴾[1] ، وفسر أولي الأمر بالعلماء[2] ، ومن ليس له صفة العلم لا حظ له في الحكم .

---

(١) سورة النساء : الآية ٥٩ .

(٢) قال ابن العربي في تفسير هذه الآية : قال جابر : هم العلماء ، وبه قال أكثر التابعين ، واختاره مالك والطبري ، واحتج له الطبري بقوله عليه السَّلام : « من أطاع أميري فقد أطاعني » . أحكام القرآن لابن العربي جـ ١ ص ٤٥٢ .

وأمَّا الإجماع فقد حصل الإجماع على أنَّ غير العلماء لا يجوز لهم الحكم والإفتاء ، وإنَّمَا جاز لهم ذلك لأنَّهم يقولون متبعين لأدلة الشَّرع كما قال الشَّافعي[1] .

يقول الشَّافعي : « ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان »[2] .

وقال في الأم : « ومن استجاز أن يحكم أو يفتي بغير خبر لازم ولا قياس عليه ، كان محجوجاً بأنَّ معنى قوله : أفعل ما هويت وإن لم أومر به فخالف معنى الكتاب والسنة ، فكان محجوجاً على لسانه ، ومعنى ما لم أعلم فيه مخالفاً .

ثُمَّ بين الإجماع المشار له بقوله : ما لم أعلم فيه مخالفاً مجيباً لمن سأله عنه بقوله : فإن قيل ما هو ؟ قيل : لا أحد من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب في أن يفتي ولا يحكم برأي نفسه إذا لم يكن عالماً بالذي تدور عليه أمور القياس من الكتاب والسنة والإجماع والعقل لتفصيل المشتبه ...[3] .

ثانيها : قوله تعالى : ﴿ أَيَحْسَبُ الإنسَانُ أَن يُتْرَكَ سُدًى ﴾[4] ، والاستفهام في الآية ليس على بابه بل هو بمعنى النفي ، أي لا يحسب الإنسان ذلك ، و« السدى » هو الذي لا يؤمر ولا يُنهى كما قال الشَّافعي وحكى عليه الإجماع .

---

(١) الرسالة ص ٥٠٤ .

(٢) المصدر السابق ص ٥٠٥ .

(٣) الأم جـ ٧ ص ٢٧٣ .

(٤) سورة القيامة : الآية ٣٦ .

فيكون معنى الآية أنَّ الله نفى أن يكون الإنسان متروكاً له الحبل على الغارب يفعل ما يشاء ، بل مقيد بأوامر ونواهي من قبل الشَّارع ، لا يجوز له مجاوزتها والعمل بخلافها ، ووجه الاستدلال بالآية على بطلان الاستحسان أنَّ الاستحسان هو الحكم من غير دليل شرعي ، فصاحبه جعل نفسه غير مأمور ولا منهي ، فكان داخلاً في معنى السدى ، وقد نفى الله أن يكون الإنسان سدى ، فيكون المستحسن مخالفاً لخبر الله تعالى ومخالفة خبر الله تعالى منهي عنها فتكون باطلة .

قال الشَّافعي في الأم : « قال الله عز وجل : ﴿ أَيَحْسَبُ الإِنسَانُ أَن يُتْرَكَ سُدًى ﴾[1] فلم يختلف أهل العلم بالقرآن فيما علمت أنَّ السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به ، فقد أجاز لنفسه أن يكون في معنى السدى ، وقد أعلمه الله أنَّه لم يتركه سدى ، ورأى أن قال : أقول بما شئت ، وادَّعي ما نزل القرآن بخلافه »[2] .

ثالثها : أنَّ الحاكم بالاستحسان مخالف لمنهاج النبيين ، فيكون حكمه باطلاً ، ووجه كونه مخالفاً لمنهاج النبيين أنَّ الله قال لنبيه عليه الصَّلاة والسَّلام : ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾[3] ، والمستحسن لم يتبع ما أنزل إليه من ربه ، فيكون مخالفاً لطريق الأنبياء لأنَّهم متبعون لما أنزل إليهم من ربهم .

كذلك أنَّ الله نهى عن اتباع الهوى ، وهو اتباع ما لم ينزل من الله ولم يوح به بدليل قرنه بالأمر بما أنزل الله .

---

(١) سورة القيامة : الآية ٣٦ .

(٢) الأم جـ٧ ص ٢٧٠ .

(٣) سورة المائدة : الآية ٤٩ .

فيكون المستحسن مخالفاً لمنهاج النبيين ، وفاعلاً لما نهي عنه ، فيكون حكمه باطلاً[(١)] .

رابعها : استدلال الشَّافعي على بطلان الاستحسان بالقياس الأولى ، فذكر أنَّ هنالك مسألة اتفق أهل العلم على أنَّه لا يجوز القول فيها إلا بعلم ومستند يستند إليه القائل ، مع أنَّ الأمر في هذه المسألة لا يلزم على القول بخلاف ما اتفق عليه فيها ، محظور يبلغ خطورة المحظور الذي يترتب على القول بالاستحسان ، فإذا لم تجز هذه المسألة مع خفة الأمر فيها فأولى ألا يجوز القول بالاستحسان المؤدِّي إلى استحلال الدماء وإباحة الفروج .

والمسألة هي أنَّ الإنسان لو أتلف مال غيره مما يقوم : كالرقيق والحيوان، لزمه قيمة هذا المال المختلف ولا يتصدى لتقويمه إلا من له خبرة بقيم أمثاله ، فيقيسه على أمثاله ، ويحكم على المتلف بقيمة المثل ، بناء على قوله : أمَّا إذا لم يكن المقوم عارفاً بقيم الأشياء فلا يجوز تمكينه من القول ولو كان فقيهاً عدلاً ، لأنَّه لم يستند في حكمه على مثال يهتدي به إلى معرفة هذا الشيء المتلف ، وإليك نصُّه في ذلك مجيباً على سؤال مضمونه : هذا دليلك على عدم الجواز بالكتاب ، فأين دليل القياس المفيد للمنع ؟ فقال : « قلتُ : ألا ترى أنَّ أهل العلم إذا أصاب رجل لرجل عبداً لم يقولوا لرجل : أقم عبداً ولا أمة إلا وهو خابر بالسوق ... ولا يكون ذلك إلا بأن يعتبر عليه بغيره فيقيسه عليه .

ولا يجوز أن يقال لفقيه عدل غير عالم بقيم الرقيق : أقم هذا العبد ولا هذه الأمة ، ولا إجارة هذا العامل ؛ لأنَّه إذا أقامه على غير مثال بدلالة

(١) الأم جـ٧ ص ٢٧٠ .

على قيمته كان متعسفاً ، فإذا كان هذا هكذا فيما تقل قيمته من المال ويتيسر الخطأ فيه على المقام له والمقام عليه ، كان حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيها بالتعسف [١] والاستحسان »[٢] .

وقال في الأم : « فإن جوزتم القول بما سنح في أوهامكم ... حججتم بما لا تختلفون فيه من أنَّ الحاكم لو تداعى عنده رجلان في ثوب أو عبد تبايعاه عيباً لم يكن للحاكم إذا كان مشكلاً أن يحكم فيه ، وكان عليه أن يدعو أهل العلم فيسألهم ما تداعيا فيه ، هل هو عيب ؟ فإن تطالبا قيمة عيب فيه وقد فات سألهم عن قيمته ، فلو قال أفضلهم ديناً وعلماً : إنِّي جاهل بسوقها اليوم ، وإن كنت عالماً بها قبل اليوم ، ولكنِّي أقول فيه ، لم يسعه أن يقبل قوله بجهالته بسوق يومه ، وقبل قول من يعرف سوق يومه ، ولو جاء من يعرف سوق يومه فقال : إذا قست هذا بغيره مما يباع وقومته على ما مضى وكان عيبه دلني القياس على كذا ، ولكنِّي أستحسن غيره لم يحل له أن يقبل استحسانه وحرم عليه إلا أن يحكم بما يقال : إنَّه قيمة مثله في يومه .

وإذا حكم بمثل هذا في المال الذي تقل رزيته[٣] على من أخذ منه ولم يوسع فيه الاستحسان وألزم فيه القياس أهل العلم به ولم يجعل لأهل الجهالة قياسًا فيه لأنَّهم لا يعلمون ما يقيسون عليه ، فحلال الله وحرامه من الدماء والفروج وعظيم الأمور أولى أن يلزم الحكام والمفتين[٤] .

---

(١) التعسف والاعتساف : الأخذ على غير الطريق .

(٢) الرسالة ص ٥٠٦ ، ٥٠٧ .

(٣) الرزية : المصيبة ، جمع رزايا ، المختار ، مادة : (رزأ) .

(٤) الأم جـ٧ ص ٢٧٣ .

عمل الحنفية بمقتضى هذا الاستحسان

لقد قَدَّمْنَا ما ادَّعاه الشَّافعي من أن بعض النَّاس يرى صحة الاستدلال بالاستحسان المبني على ما يراه الإنسان بعقله المجرد ، وذكرنا أنَّ المراد بهؤلاء عند الشَّافعي حسبما فسَّره أصحابه هم أهل العراق وعلى رأسهم أبو حنيفة . كما قَدَّمْنَا حكم هذا القول عند الشَّافعي ودليل بطلانه .

وسنورد هنا ما يثبت دعوى الشَّافعي من قول هؤلاء بهذا النوع من الاستحسان عملياً . وقد أشار الشَّافعي في ثنايا كلامه إلى بعض المسائل التي أفتى فيها الحنفية بمقتضى هذا الاستحسان كما ذكر بعضها أصحابه ، ومن ذلك :

١ - مسألة جزاء الصيد [١] .

٢ - مسألة شهود الزوايا [٢] .

٣ - مسألة الزوجين إذا تقاذفا . فيرى الحنفية أن لا حد ولا لعان [٣] .

٤ - مسألة رد خيار المجلس بين المتبايعين [٤] .

وسأتكلم على مسألتين من ذلك ، مبيناً وجه استدلال الشَّافعية بهما على ذلك .

---

(١) انظر : الأم جـ٧ ص٢٧١ ، والرسالة ص٣٩ ، والبحر المحيط جـ٣ ص١٧٠ .

(٢) انظر : الأم جـ٧ ص٢٧٤ ، والبحر المحيط جـ٣ ص١٧٠ ، والمنخول ص٣٧٧ .

(٣) البحر المحيط جـ٣ ص١٧٣ .

(٤) المصدر السابق .

المسألة الأولى : مسألة جزاء الصيد :

قال أبو حنيفة : إنَّ من أتلف صيداً وهو محرم يجب عليه الجزاء ، والجزاء هو عبارة عن قيمة الصيد ، لا ما يماثله في الصورة من النَّعَم .

ويرى الشَّافعي والجمهور أنَّ الواجب هو ما يماثل الصيد من النَّعَم إن كان له مثل ، والواجب القيمة فيما ليس له مثيل ، واستثنى الشَّافعي من ذلك الحمام فأوجب فيه شاة .

ووجه كون هذه المسألة مبنية على هذا الاستحسان أنَّ الله تعالى قال : **﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ ﴾**[1] .

فقد نهى الله عن قتل الصيد وواجب على قاتله مثله من النَّعَم ، ومثل الصيد من النَّعَم ما قرب صورة منه ، فالنعامة تقاربها البدنة ، وحمار الوحش وبقرة تقارب البقرة ، والظبي تقاربه الشاة ، وهكذا في كُلِّ ما له مثل من النَّعَم ، فإن فقدت المماثلة لجيء إلى القيمة .

فمن قال على هذا بوجوب القيمة دون المثل الصُّوري فيما له مثل من النَّعَم ، فقد قال بخلاف النص ، فيكون قوله استحساناً ، وقد قال الشَّافعي عقب إيراد هذه الآية : « فكان المثل في الظاهر أقرب الأشياء شبهاً في العظم من البدن »[2] .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

(٢) قال ابن العربي : ومثل الشيء حقيقة هو شبهه في الخلقة الظاهرة، فإذا أطلق المثل اقتضى بظاهره حمله على الشبه الصوري دون المعنوي لوجوب الابتداء بالحقيقة في مطلق الألفاظ قبل المجاز حتى يقتضي الدليل ما يقضي فيه من صرفه عن حقيقته =

ثُمَّ قال : « ولم يحتمل المثل من النَّعَم القيمة فيما له مثل في البدن من النَّعَم »[1] .

فبين أنَّ المثل هو ما قارب الصيد شبها ، وأنَّ تفسير المثل بالقيمة لشيء لا يحتمله لفظ المثل الذي ورد في الآية ، إذ ورد مقيداً بكونه من النَّعَم ، هذا توجيه الشَّافعي بنفسه لهذه الآية .

وقد ذكر الفخر الرَّازي وغيره في تفسير الآية وجه مخالفة من قال في الجزاء بالقيمة للنص القرآني ، بل ذكر أنَّ القول بذلك مخالف للسنة والإجماع والقياس أيضاً ، فقال بما خلاصته : إنَّ النَّاس اتفقوا على أنَّ الصيد المقتول إذا لم يكن له ما يماثله في الصورة من النَّعَم تجب فيه القيمة واستثنى الشَّافعي من ذلك الحمام فأوجب فيه الشاة .

واختلفا فيما له مثل من النَّعَم ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف - وهو قول إبراهيم النخعي[2] - : تجب فيه القيمة .

وقال الجمهور : يجب فيه ما يماثله من النَّعَم ، وذهب إلى هذا محمد ابن الحسن صاحب أبي حنيفة ، احتجَّ من قال بوجوب المثل صورة بهذه الآية من وجوه :

الأول : أنَّه قرىء : ﴿ **فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ** ﴾ بتنوين جزاء ،

= إلى مجازه ، فالواجب هو المثل الخلقي وبه قال الشافعي . انظر : أحكام القرآن جـ ٢ ص ٦٦٤ .

(١) الرسالة ص ٣٩ .

(٢) نسب ذلك للنخعي ابن العربي في أحكام القرآن ، وذكره في تفسير المنار في تفسير هذه الآية .

ومعناها : فجزاء من النَّعَم مماثل للصيد المقتول فمن قال : إنَّه مثله في القيمة فقد خالف النص .

الثاني : أنَّه قرىء : (**فَجَزَاءُ مِثْلِ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ**) بإضافة جزاء إلى مثل ، وكلمة مثل هنا مقحمة ، والتقدير : فجزاء ما قتل من النَّعَم ، أي فجزاء ما قتل يجب أن يكون من النَّعَم [1] ، فمن لم يوجبه فقد خالف النص .

الثالث : أنَّه قرىء - وهي قراءة ابن مسعود - (**فَجَزَاؤُهُ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ**)، وهي صريحة في أنَّ الجزاء الواجب هو المثل من النَّعَم .

الرابع : أنَّ قوله تعالى : ﴿ **يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ** ﴾ صريح في أمر ذلك الجزاء الذي يحكم به ذوا عدل منهم ، يجب أن يكون هدياً بالغ الكعبة[2] .

فإن قيل : أن يشتري بتلك القيمة هذا الهدي .

قلنا : إنَّ النص صريح في أنَّ ذلك الشيء الذي يحكم به ذوا عدل ، يجب أن يكون هدياً ، وأنتم تقولون : إنَّ الواجب هو القيمة ، ثُمَّ إنَّه يكون بالخيار إن شاء اشترى بها هدياً يهدى إلى الكعبة ، وإن شاء لم يفعل ، فكان ذلك على خلاف النص ، ثُمَّ ذكر الفخر مخالفة هؤلاء للحديث والإجماع ، فقال : « وأمَّا الخبر فما روى جابر بن عبد الله أنَّه سأل رسول الله ﷺ عن

---

(١) انظر في هذا أيضاً : أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص ٦٦٧ .

(٢) قال ابن العربي : والذي يتصور فيه الهدي مثل المقتول من النَّعَم ، فأمَّا القيمة فلا يتصور أن تكون هدياً . أحكام القرآن جـ ٢ ص ٦٦٥ .

الضبع : أصيد هو ؟ فقال : نعم ، وفيه كبش إذا أخذه المحرم »[(١)] .

فجوابه ﷺ صريح في أنَّ الواجب المثل الصوري دون القيمي .

وأمَّا الإجماع فهو أنَّ الشَّافعي - رحمه الله - قال[(٢)]: تظاهرت الروايات عن عليٍّ وعمر وعثمان وعبد الرحمن بن عوف وابن عباس وابن عمر في بلدان مختلفة وأزمان شتى أنَّهم حكموا في جزاء الصيد بالمثل من النَّعَم لا بالقيمة ، ولو حكموا بالقيمة لاختلف باختلاف الأسعار[(٣)] .

المسألة الثانية : شهود الزوايا :

وصورة هذه المسألة أن يشهد أربعة على الزنى كل واحد منهم شهد به في زاوية من زوايا البيت غير الزاوية التي شهد غيره على وقوع الزنى فيها .

هذه صورة المسألة عند غير الحنفية ينقلونها عن الحنفية[(٤)] .

والذي رأيته في كتب الحنفية أنَّ كل اثنين من الشهود شهدا معاً على حصوله في ناحية من نواحي البيت[(٥)] .

---

(١) رواه أبو داود ، وأخرجه الحاكم ، وقال : صحيح ولم يخرجاه . انظر : فتح القدير لابن الهمام جـ٢ ص ٢٦٠ .

(٢) نص الشافعي في الرسالة هو : واتفقت مذاهب من تكلم في الصيد من أصحاب رسول الله ﷺ على أقرب الأشياء شبهاً من البدن ، فنظرنا ما قتل من دواب الصيد أي شيء كان من النعم أقرب منه شبهاً فديناه به ، الرسالة ص ٣٩ .

(٣) انظر : ص ٦٦٣ ، ٦٦٤ جـ٣ من تفسير الفخر الرازي، وابن العربي جـ ٢ ص ٦٦٤ وما بعدها .

(٤) انظر : المنخول ص ٣٧٧، والمستصفى جـ ١ ص ٢٦١، وبداية المجتهد جـ٢ ص ٤١١ .

(٥) انظر : المبسوط جـ٩ ص ٦١ ، والزيلعي على الكنز وحاشية ابن الشلبي عليه جـ٣ ص ١٩٠ ، والهداية مع فتح القدير ج٤ ص ١٦٧ .

وهذا الاختلاف في تصوير المسألة لا يقدح في الاستشهاد بها إذ على كلا الحالين يرى الشَّافعي ومن معه أنَّ فيها مخالفة لدليل الشَّرع ، ومذهب أبي حنيفة في هذه المسألة وجوب الحد عليهما [1] .

ويرى الجمهور أن لا حَدَّ في ذلك إذ شرط الشهادة على الزنى تتحد مكاناً وزماناً ، وما هنا ليس كذلك ، إذ كُلٌّ واحد من الشهود شهد في زمان ومكان غير ما شهد فيه غيره .

وقد أشار الشَّافعي إلى هذه المسألة عند كلامه على الاستحسان حسبما نقله الزركشي فقال : « الاستحسان تلذذ ، ولو جاز لأحد الاستحسان في الدِّين ، جاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم ، ولجاز أن يشرع في الدِّين في كل باب ، وأن يخرج كل واحد لنفسه شرعاً ، وأيٌّ استحسان في سفك دم امرىء مسلم » [2] .

قال الزركشي : وأشار بذلك - أي بقوله : وأي استحسان ... إلخ - إلى إيجاب الحد على الشهود عليه في الزوايا ، قال أبو حنيفة : القياس أن لا رجم عليه ، ولكنا نرجمه استحسانا »[3] .

---

(١) الهداية مع فتح القدير جـ٤ ص ١٦٧ .

(٢) هذا النص موجود معنى في الرسالة إلا قوله : وأي استحسان ... إلخ ، فلم أجده للشافعي في الرسالة ، ولا في كتاب إبطال الاستحسان من الأم فلعل الشَّافعي قالها في غيرها . انظر : الرسالة ص ٥٠٥ .

(٣) انظر : البحر المحيط جـ٣ ص ١٧٠ .

دليل الجمهور على هذه المسألة

استدلَّ الجمهور على مذهبهم بالكتاب والسنة والإجماع ، أمَّا الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾[1] ، وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ﴾[2] . وقال ﷺ للذي قذف امرأته : « البينة وإلا فحَدٌّ في ظهرك »[3] . وقد ذكر في فتح القدير أنَّ اشتراط الأربعة مجمع عليه[4] .

فهذه الأدلة صريحة في اشتراط الأربعة الشهود في ثبوت حكم الزنى .

وهناك أدلة دلت على اشتراط كيفية خاصة يجب أن تتوفر لدى الشهود ، وهو أن يروا جميعاً في زمن واحد ومكان واحد ذلك منه في ذلك منها ، فقد روى أبو داود عن جابر بن عبد الله قال : « جاءت اليهود برجل وامرأة قد زنيا ، فقال النبي ﷺ : ائتوني بأعلم رجلين منكم فأتوه بابني صوريا فتشهدهما الله كيف تجدان أمر هذين في التوراة ؟ قالا : نجد في التوراة إذا شهد أربعة أنَّهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما ، قال : فما يمنعكما أن ترجموهما ؟ قالا : ذهب سلطاننا وكرهنا القتل ، فدعا رسول الله ﷺ بالشهود فجاءوا ، وشهدوا أنَّهم رأوا ذكره في

---

(١) سورة النساء : الآية ١٥ .

(٢) سورة النور : الآية ٤ .

(٣) رواه ابن ماجه جـ١ ص ٦٦٨ ، ورواه أبو داود والنسائي والحاكم . الفتح الكبير جـ٢ ص٢٠ .

(٤) جـ٤ ص١١٤ ، وأحكام القرآن لابن العربي جـ١ ص ٣٥٥ .

فرجها مثل الميل في المكحلة ، فأمر رسول الله ﷺ فرجمهما [١] .

ففي هذا الحديث عدم الاكتفاء بمطلق شهادة الأربعة ، بل لابد أن يشهدوا بهذه الكيفية المتقَدِّمَة ، وقد اتفق الفقهاء حَتَّى الحنفية على اشتراط اتخاذ الشهادة زماناً ومكاناً ، وما ذكره ابن رشد من أنَّ جمهورهم على أنَّ من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لا في زمان ولا في مكان إلا ما حكي عن أبي حنيفة من مسألة الزوايا المشهورة [٢] ، يخالف ما في كتب الحنفية من اشتراط أبي حنيفة اتحاد الشهادة زماناً ومكاناً ، ولم ير الحنفية إخلال اتحاد الزمان في هذه المسألة أو لم يروا ما فيها من تعدد المكان مؤثراً كما يأتي .

يقول السرخسي : وإذا شهد أربعة على رجل بالزنى ، واختلفوا في المزني بها أو في المكان أو في الوقت بطلت شهادتهم ، وذلك لأن الزنى فعل يختلف باختلاف المحل والمكان والزمان ، وما لم يجتمع الشهود الأربعة على فعل واحد لا يثبت ذلك عند الإمام [٣] .

فقد أفادتنا هذه الأدلة اشتراط هذا العدد المذكور في الشهادة ، واشتراط أن تكون هذه الشهادة على نحو خاص من كونهم يرونهما في ساعة واحدة يفعلان ذلك بحيث يكون ذلك منه ... إلخ .

---

(١) أحكام ابن العربي جـ١ ص ٣٥٦ ، انظر الحديث في : صحيح مسلم جـ٣ ص ١٣٢٦ ، وابن ماجه جـ ٢ ص ٨٥٤ .
(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤١١ .
(٣) المبسوط جـ٩ ص ٦١ .

وجه تخريج مسألة الزوايا عند الحنفية على الاستحسان :

فإذا علمنا من الأدلة السابقة إفادتها بوضوح اشتراط اتحاد الشهادة في الزمان والمكان ، بان لنا أنَّ ما سلكه الحنفية يخالف هذه الأدلة من حيث إيجابهم الحد مع اختلال شرط من شروطه ، وهو عدم اتحاد المكان ، لأن كل واحد منهم شهد على زاوية أو كل اثنين شهدا على ركن ، حسبما تقَدَّم ، ويلزم من عدم اتحاد المكان عدم اتحاد الزمان .

ولذا نجد المنكرين على أبي حنيفة في هذا الفرع عللوا إنكارهم بأنَّ الشهادة لم تقع من الشهود في زمان واحد ، بل اختلفت الأزمنة ، وهذا يفهم منه أنَّ هذا الشرط شيء لا بد منه عند الجميع ، كما أنَّ اشتراط اتحاد المكان كذلك أخذاً من عبارة القرافي الآتية .

وإليك عبارات المنكرين ، وتعليل إنكارهم بقول الغزالي في المنخول : « قال أبو حنيفة : يجب الحد على من شهد عليه أربعة بالزنى في أربع زوايا ، كل واحد منهم يشهد عليه في زاوية »، ثُمَّ قال منكراً ذلك : « وأي استحسان في سفك دم امرىء مسلم بمثل هذا الخيال ، مع أنَّه لو خصص كل شهادة بزمان ، وتقاربت الأزمنة ، واحتمل استدامة الزنى في مثلها لا حَدّ ، وذلك أغلب في العرف من تحيل سحبها في زوايا البيت بزنى واحد ، فهذه ونحوها من الاستحسانات الباطلة »[1] .

وذكر القرافي : « أنَّ ما سموه استحساناً تارةً يكون عملاً بدليل

---

(١) المنخول ص ٣٧٧ .

شرعيٍّ، وتارةً لا يساعدهم على العمل به دليلٌ شرعيٌّ ، بل جرى ذلك الاستحسان مجرى اتباع الهوى »، ثُمَّ قال : « ومثال الثاني قولهم في شهود الزوايا وجب الرجم استحساناً ، والقياس يقضي وجوب الحد ، فلم يساعدهم دليلٌ شرعيٌّ ؛ لأنَّه تعذر إيراد شهادتهم على زنية واحدة ، فصار كما لو شهدوا على الزنى في بيوت فإنَّه لا يثبت الحد اتفاقاً »(١) .

فهذه النصوص صريحة في أنَّ الإنكار سببه عدم اتحاد زمن الشهادة ، ولذا رد الغزالي قيام الحد فيما هو أولى من هذا الفرع ، وذلك حيث يكون الزمن أشد قرباً من قربه بين زاوية وأخرى ، مع أنَّ العرف في هذه الحالة يغلب الظن على وقوع الشهادة منهم على زنية واحدة ، فكيف بالحكم بالرجم عند تراخي الزمان الحاصل باختلاف شهادتهم في زوايا متعددة استناداً إلى احتمال أنَّهم شهدوا على زنية واحدة ، وأنَّهما كانا يزحفان في زنية واحدة .

ثُمَّ إنَّ حكاية القرافي الاتفاق على عدم الحد عند اختلاف البيوت الذي قاس عليه مسألة شهود الزوايا يدلُّ على أنَّ هذا الشرط متفق عليه ، ويبقى الخلاف إذاً في كونه متحققاً في هذه المسألة أو غير متحقق ، فالحنفية كما يأتي وكما تقَدَّم يرون أنَّه متحقق ، وغيرهم يرى عدم تحققه .

وهناك سبب آخر للإنكار على أبي حنيفة أو سبب يجعل هذه المسألة من الاستحسان الذي نحن بصدده ، هذا السبب هو أنَّ من المقرر بل من القواعد المتفق عليها أنَّ الحدود تدرأ بالشبهات ، واختلافهم في الشهادة

---

(١) نفائس الأصول شرح المحصول جـ٣ ص١٩٣ ، ١٩٤ .

شبهة ، فيجب أن ندرأ بها الحد ، فإذا أقمنا الحَدّ والحالة هذه نكون قد خالفنا القواعد التي دلَّت عليها النصوص . فقد قال ﷺ : « ادرءوا الحدود بالشبهات »[1] . ولذا قال الغزالي في المستصفى في هذه المسألة : « وندرأ الرجم من حيث لم نعلم يقيناً اجتماع الأربعة على شهادة واحدة ، فدرء الحد بالشبهة أحسن »[2] .

موقف الحنفية مما نسب إليهم

هاتان مسألتان ذكرهما المنكرون على أبي حنيفة : الاستحسان ، وقد وجهوا إنكارهم عليه بأنَّهما مخالفتان للنصوص والأدلة الشَّرعية ، وأنَّ الحكم فيهما إنَّما هو شيء ناشىء عن مطلق الهوى والابتداع .

فإذاً ما موقف الحنفية إزاء هذه التهم العظيمة والدعاوى العريضة ؟ وأظن موقفهم لا يعدو أن يكون واحداً من أربعة أمور :

الأول : نفي أن يكون شيء من هذه المسائل صادراً عن إمامهم كما نفت المالكية كثيراً من المسائل التي نسبت إلى الإمام مالك من غير تثبت في النقل وتحر في الرواية .

---

(١) الحديث في مسند أبي حنيفة كما ذكره الكمال ، ونقل أنَّ بعض الفقهاء قال : هذا الحديث متفق عليه ، وتلقته الأمة بالقبول ، وأن في المروي عن النبي ﷺ ما يقطع في المسألة - أي مسألة درء الحدود بالشبهات - . انظر : فتح القدير جـ٤ ص١٣٩ ، ١٤٠ ، والحديث رواه ابن عدي ، وبمعناه ما رواه الترمذي والحاكم والبيهقي وابن أبي شيبة : « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله » الحديث ، الفتح الكبير جـ١ ص٦٠ ، ٦١ .

(٢) جـ١ ص٢٨٢ .

وإمَّا أن يعترفوا بوجود هذه المسائل في المذهب وصحة نسبتها لأبي حنيفة ، وهم في هذا بين أمرين :

أحدهما : تخريجها على هذا الاستحسان المنكر عند غيرهم .

والثاني : تخريجها على أصل من الأصول المتفق عليها بوجه لم يتنبه له الخصوم ، أو تنبهوا له ولم يسلموا به .

فهذه أربعة احتمالات يتصور تخريج الحنفية هاتين المسألتين عليهما .

أمَّا الاحتمال الأول فلا يمكنهم القول به ؛ لوجود هاتين المسألتين مسطورتين في كتبهم المعتمدة ، منقولتين عن الإمام ، بل هناك ما يفيد كونهما مما اعتمد عليه في المذهب كما يأتي .

كما لا يمكنهم القول بالاحتمال الثاني لأنَّ نسبتها لأبي حنيفة مخرجة على هذا الاستحسان يوقعهم في التناقض لأنَّهم قد نفوا عن أبي حنيفة الحكم بهذا الاستحسان نفياً باتاً ، فإذا أثبتوه له في هذه المسألة تناقضوا !

فإذاً لم يبق لهم إلا أن يقولوا بواحد من الاحتمالين الباقيين .

وهما كون المسألة مخرجة على دليل متفق عليه لم يعلم الخصوم وجه تمسك الحنفية به ، أو أنَّهم استمسكوا فيها بدليل متفق عليه ، ويعلم خصومهم جهة تمسكهم إلا أنَّهم لا يسلمونها لهم .

وكونه متمسك الحنفية دليلاً متفقاً عليه هو الذي يفيده توجيههم لهاتين المسألتين .

فنخلص من هذا إلى أنَّ الحنفية يعتقدون ربط مسائلهم هذه بأدلة متفق عليها بين الطرفين إلا أنَّ وجه تخريجهم أو الجهة التي استندوا عليها في

بناء هذه الفروع على تلك الأصول المتفق عليها هي التي أثارت النزاع ، وذلك لعدم وقوف الخصوم على تلك الجهة التي استندوا عليها أو لعدم تسليمهم لها .

ويظهر أنَّ هذا الشق الأخير هو الذي يوافق منطق الخصوم ، فقد مَرَّ كلام خصومهم في ذلك ، وأنَّهم أبدوا وجهة نظر الحنفية فيما ذهبوا إليه ، وأنَّ هذه الجهة لم تحظ عندهم بالقبول ، فقد ذكروا في مسألة جزاء الصيد أنَّ سبب الاختلاف هو المراد بكلمة المثل الوارد في الآية ، فالشَّافعية ومن معهم حملوه على المثل الصوري فيما يمكن أن يتحقق فيه المثل صورة ، وعلى المثل المعنوي - أي القيمة - فيما لم يمكن فيه ذلك .

فإذاً فمستند الحنفية معلوم عند غيرهم ، والجهة التي استندوا إليها ، وإنَّمَا منشأ الخلاف هو عدم اعترافهم بالجهة التي تمسك بها الحنفية من الدليل وهي كون المثل في الآية يراد به المثل المعنوي وهو القيمة ، وكون شهود الزوايا شهدوا شهادة مستوفية الشروط كما يأتي توجيه ذلك عند الحنفية .

والدليل على ما ذكرناه من علم خصومهم بوجهة نظرهم وعدم اقتناعهم بها كلام الشَّافعي ، فقد قال مشيراً إلى متمسكهم في آية جزاء الصيد : « ولم يحتمل المثل من النَّعَم القيمة فيما له مثل في البدن من النَّعَم »[1] .

وقد صَرَّح كل من الغزالي والقرافي كما سبقت الإشارة إليه بأنَّهم بنوا

---

(١) الرسالة للشافعي ص ٣٩ .

الرجم في مسألة الزوايا على احتمال أنَّهما تزاحفا بزنية واحدة على الزوايا الأربع ، وهذا لا يوجب تعدد الفعل ، فإذا لم يتعدد الفعل لزمه اتحاد الزمن والمكان ، فالاختلاف في الشهادة عند الحنفية صوري لا حقيقي كما يأتي .

إيراد حجج الحنفية فيما ذهبوا إليه

ويجدر بنا بعد ما ذكرنا رد الجمهور لما ذهب إليه الحنفية ، وذكرنا حجتهم في ذلك ، وبيَّنا الاحتمالات التي يتصور وقوعها من الحنفية إزاء هذه المسائل ، وعيَّنا ما وقع منهم بالفعل ، يحق لنا بعد ذلك كله أن نورد مذهبهم وحجتهم فيما ذهبو إليه باسطين أدلتهم وتوجيههم ، فنقول وبالله التوفيق :

قال أبو حنيفة وأبو يوسف في مثال الصيد : إنَّ الواجب فيه القيمة لا المثل من النَّعَم ، وخالفهما في ذلك محمد بن الحسن ، فقال بقول الجمهور من وجوب المثل صورة عند الإمكان .

أدلتهم وتوجيهها :

ودليلهم على ذلك قوله تعالى : ﴿ **وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ** ﴾ (١) .

قال : إنَّ المثل في الآية المراد به : المثل المعنوي ، وهو القيمة ، لا الصوري والخلقي ، وهو نظير الصيد من النَّعَم ، فيقوم الصيد حيث صيد أو في أقرب الأماكن إليه ، فإن بلغت قيمته قيمة هدي خيِّر الجاني بين أن

(١) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

يشتري بها هدياً فيهديه إلى الحرم ، وبين أن يشتري بها طعاماً فيعطي كل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من غيره ، وبين أن يصوم عن طعام كل مسكين يوماً ، فقوله تعالى : ﴿ مِنَ النَّعَمِ ﴾ بيان للهدي المأخوذ بقيمة الصيد ، وهو أحد وجوه التخيير المتقَدِّمَة ، وليس بياناً للمثل الذي على الجاني [1] .

هذا مذهب الحنفية في جزاء الصيد وذلك دليلهم ، وتلك حجتهم التي تمسكوا بها من الدليل .

أدلة الحنفية على أنَّ المراد بالمثل القيمة :

استدلوا أولاً بأنَّ النص أوجب المثل ، والمثل المطلق في الكتاب والسنة وإجماع الأمة يراد به إمَّا المثل صورة ومعنى ، وإمَّا المثل معنى ، وإمَّا المثل صورة بلا معنى ، فلا اعتبار له في الشَّرع أصلاً .

وإذا لم يمكن إرادة الأول إجماعاً تعينت إرادة الثاني ؛ لكونه معهوداً في الشَّرع كما في حقوق العباد ، فإنَّ من أتلف مال إنسان يجب عليه مثله إن كان مثلياً ؛ لأنه المثل صورة ومعنى ، وإن لم يكن له مثل وجبت قيمته لأنَّه مثل معنى ، ولا يجب عليه مثله صورة ، فلا يصح ممن أتلف حيواناً أن يدفع مثله ؛ لأنهما وإن اتحدا جنساً فقد اختلفا في المعاني ، فإذا لم يصح دفع شيء عن شيء عند انتفاء المماثلة مع اتحاد الجنس ، فعدم الصحة مع اختلاف الجنس بينهما كالصيد والأنعام أولى ، فلا يصح إذاً في جزاء

---

(١) انظر : الهداية مع فتح القدير جـ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، وتفسير أبي السعود بهامش الفخر الرازي جـ٣ ص ٦٥٢ ، والزيلعي على الكنز جـ٢ ص ٦٣ .

الصيد أن يكون الواجب مثله من النَّعَم ، لأنَّه لا شبه بينهما إلا في الصورة فحسب ، وهي غير معتبرة شرعاً[1] .

واستدلوا ثانياً بأنَّ الصيد في قوله تعالى : ﴿ لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ عام في جميع الصيد ، والضمير في قوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا ﴾ عائد على هذا العام ، فوجب أن يكون المثل في قوله تعالى : ﴿ فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾ مثلاً للكل ، وليس لنا مثل يعم جميع الصيد إلا القيمة ، فتعين أنَّ المراد بالمثل القيمة[2] .

واستدلوا ثالثاً بأنَّ الله جعل الحكم في الصيد لحكمين عدلين .

ومن أوجب من العلماء المثل الصوري جعل مدار حكم الحكمين ومبناه على ما بين الصيد والأنعام من مشابهة في بعض الأوصاف والهيئات ، مع وجود التباين بينهما في كثير من الأحوال ، وهذا المقدار الذي جعل حكم الحكمين دائراً عليه غير معلوم لأئمة الاجتهاد وجهابذة العلماء إلا مَنْ اختصهم الله بذلك ، وهم قليل من كثير ، وإذا لم يمكن معرفته إلا نادراً لم يصح أن يجعل حكم الحكمين مستنداً عليه لعدم علم الكثير منهم إيَّاه ، وما لا يعلم لا يبنى عليه حكم ، يقول أبو السعود في ذلك :

« وممَّا يرشد إلى أنَّ المراد بالمثل هو القيمة ، قوله عَزَّ وجَلَّ : ﴿ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ أي حكمان عادلان من المسلمين ، لكن لا لأنَّ التقويم هو

---

(١) انظر : الزيلعي على الكنز جـ٢ ص ٢٦٤ ، وتفسير أبي السعود بهامش الفخر الرازي جـ٣ ص ٦٥٢ وما بعدها .

(٢) انظر : الزيلعي على الكنز جـ٢ ص ٦٤ .

الذي يحتاج إلى النظر والاجتهاد من العدول دون الأشياء المشاهدة التي يستوي في معرفتها كل أحد من النَّاس ، فإنَّ ذلك شيء من الغفلة عمَّا أرادوا بما به المماثلة ، بل لأنَّ ما جعلوه مدار المماثلة بين الصيد والنَّعَم من ضرب مشاكلة ومضاهاة في بعض الأوصاف والهيئات مع تحقق التباين بينهما في بقية الأوصاف مما لا يهتدي إليه من أساطين أئمة الاجتهاد وصناديد أهل الهداية والإرشاد إلا المؤيدون بالقوة القدسية » [١] .

فكأنَّ العلامة أبا السعود يريد أنَّ الطريق الذي ينفذ منه الحكمان إلى الحكم - وهو الأوصاف والهيئات المشتركة بين الصيد والأنعام - في معرفتها عسر على الحكمين ، فلا ينبغي أن يجعل لهم الحكم فيما لا يمكنهم معرفته أو تتعذر معرفته إلا على قليل من النَّاس .

وهو في هذا المسلك مخالفٌ لما استدلَّ به الحنفية من أنَّ الله جعل الحكم للعدلين ، والحكم لهما إنَّمَا يكون فيما يحتاج إلى اجتهاد وبذل مجهود ، لا في ما هو واضح يعرفه جميع النَّاس وهو المماثلة الصورية بين الصيد والأنعام ، وقد أشار إلى رفض هذا الاتجاه بقوله : لا لأنَّ التقويم ... إلخ . هذه وجهة نظر الحنفية في فهم هذه الآية .

والذي يعلم من كلامهم أنَّهم اعتمدوا فيما ذهبوا إليه على :

١ - المثل صورة ومعنى غير مراد إجماعاً ؛ لأنَّه إنَّمَا يكون في المثليات كالمكيلات والموزونات ، كما مَرَّ في عبارة الزيلعي ، فلم يبق إلا المثل المعنوي أو الصوري .

---

(١) تفسير أبي السعود جـ٣ ص ٦٥٤ ، ٦٥٥ .

أمَّا الصوري فغير مراد لعدم العهد به شرعاً ، فتعيَّن أن يكون المثل هو المثل المعنوي .

٢- أنَّ قوله تعالى : ﴿ مِنَ النَّعَمِ ﴾ ليس بياناً للمثل ولا للجزاء حتَّى يكون الواجب المثل صورة ، بل هو بيان للمثل الذي اشتري بقيمة الصيد ، فكأنَّ المثل عندهم القيمة ، والقيمة يشترى بها هدي ، فجاء قوله تعالى ﴿ مِنَ النَّعَمِ ﴾ بيان للهدي الذي اشتري بالقيمة التي هي معنى المثل في قوله تعالى : ﴿ فَجَزَاءٌ مِّثْلُ ﴾ ... إلخ ، فهو بيانٌ عندهم لغير مذكور .

٣- أنَّ الصيد عام فيما له مثل وما ليس له مثل ، وجميعه منهي عن قتله ، فإذا فسرنا المثل بالمثل الصوري كانت الآية قاصرة على بعض أنواع الصيد مع أنَّ النهي عن الجميع .

٤- وهو ما أورده أبو السعود من أنَّ تفسير المثل بالصوري يلزم عليه مخاطبة الحكمين بالحكم فيما لا يعلمانه ؛ لأنَّ ما بين الصيد والأنعام من وجوه شبه عسر الضبط إلا نادراً ، فوجوب الجزاء الصوري المبني على هذا الأمر العسير يكون عسيراً جداً ، فلا يكون مما كلف به الحكمان .

٥- أنَّ ما جاء به الجمهور من الأحاديث الصحيحة الصريحة المفيدة لإيجاب الجزاء الصوري ، أوّلوها بأنَّ المراد بالجزاء المذكور فيها القيمة لا عين الأنعام ، فقوله عليه السَّلام : « وفيه كبش » ، أي قيمة كبش ، وهكذا ما جاء عن الصحابة .

الرد على ما استدلَّ به الحنفية

١ - أمَّا قولهم : إنَّ المثل الصوري غير مراد لعدم العهد به في الشَّرع ، فهو مسلم في الأماكن التي لم يعتبره فيها الشَّارع ، أمَّا إذا نَصَّ الشَّارع في مكان على أنَّه اعتبره فلا يسعنا إلا اتباع الشَّرع فيما نَصَّ عليه ، وما هنا قد نَصَّ الشَّارع على إرادته كما تقَدَّم ، فليس لنا حينئذ القول بردِّه والتمسك بعدم الاعتبار من الشَّارع الوارد في غير ذلك من الأمكنة ، لأنَّ هذا شبيه بالقياس مع وجود النص ، وهو فاسد .

ويرد قولهم : المثل الصوري غير مراد بحكم الصحابة ، فإنَّه يعتبر كالتفسير للنص ، بل حكمه ﷺ خير شاهد ، ولا يفهم من حكمهم بالمثل الصوري إلا أنَّهم جعلوه مقابل المقتول من الصيد ، ولا يفهم من قريب ولا من بعيد أنَّهم جعلوه عوضاً عن قيمة الصيد ، ولو كان مرادهم القيمة لحكموا بالقيمة ، ثُمَّ جعلوا لمن عليه الجزاء أن يجعل هذه القيمة في هدي ، أمَّا أن نفهم من : « عليك كبش » أي قيمة كبش ، فهذا محض التكلف .

٢- أمَّا قولهم : إنَّ من النَّعَم بيان للهدي الذي هو عوض عن القيمة التي هي عبارة عن تفسير للجزاء ، فيرده أنَّ هذا الهدي لم يرد له ذكر حتَّى يبين .

٣- أمَّا قولهم : إنَّ الجزاء يجب أن يكون عاماً في جميع أصناف الصيد ، ولا يعم إلا القيمة ، فمردود بأنَّ الله أوجب الجزاء المماثل للمقتول فامتثال الأمر يكون فيما له مثل بإخراج المثل ، وما ليس له مثل بإخراج المثل القيمي ، فيكون الله تعالى نهانا عن قتل الصيد جملة ، ثُمَّ بين لنا أنَّ

الحكم على من قتل أن يخرج بدل الصيد مثله من النَّعَم ، وذلك فيما له مثل ، وما ليس له مثل نخرج عنه القيمة وهي المثل الممكن ، يقول الفخر الرَّازي رداً على قولهم هذا : إنَّ حقيقة المماثلة أمر معلوم ، والشَّارع أوجب رعاية المماثلة ، فوجب رعايتها بأقصى الإمكان ، فإن أمكنت رعايتها في الصورة وجب ذلك ، وإن لم يمكن رعايتها إلا بالقيمة وجب الاكتفاء بها [1] .

٤- ويرد قول أبي السعود ، بأنَّ المدار على الوصف الظاهر بين الصيد والنَّعَم وهو الشبه الخلقي ، وهذا ممكن للحكمين وليس مما يتعسر أو يتعذر ، فهذا الشبه غير خاف على عامة النَّاس فضلاً عن المجتهدين ، ولذا نجد الصحابة حكموا بالمثل بناء على المشاكلة الظاهرة ، فنظروا إلى أقرب الأشياء شبهاً بالصيد فحكموا بها [2] .

٥- ويرد عليهم بقوله تعالى : ﴿ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ ﴾ فإنَّه صريح في أنَّ ذلك الجزاء الذي يحكم به ذوا عدل منا يجب أن يكون هدياً بالغ الكعبة وليس القيمة هدياً [3] .

فإن قيل : إنَّه يشتري بتلك القيمة هذا الهدي ردَّ بأنَّ النص صريح في أنَّ ذلك الشيء الذي يحكم به ذوا عدل يجب أن يكون هدياً ، وأنتم تقولون : إنَّ الواجب القيمة ، ثُمَّ هو بالخيار في أن يشتري بها هدياً يهدى إلى الكعبة ، فكان ذلك على خلاف النص [4] .

---

(١) الفخر الرازي جـ٣ ص ٦٦٤ .
(٢) المرجع السابق جـ٣ ص ٦٦٣ .
(٣) أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص ٦٦٥ .
(٤) الفخر الرَّازي جـ٣ ص ٦٦٤ .

توجيه الحنفية للمسألة الثانية

وأمَّا مسألة شهود الزوايا فقد مَرَّ الحكم فيها . وقد وجهوا ما ذهبوا إليه من استحسان بوجهين :

أحدهما : أنَّ البيت المشهود فيه كان صغيراً ، والفعل كان في وسطه ، فكُلٌّ يرى أنَّ الفعل كان في ناحية الزاوية التي هو فيها ، فاختلافهم اختلاف صوري لا حقيقي ، إذ في الحقيقة لا خلاف ؛ لاتحاد الفعل المشهود عليه ، وكذا زمانه ومكانه ، فإذاً لا غبار على وجوب الحد عليهما لاستيفاء شروطه .

الثاني : أنَّ اختلافهم حقيقي ، ومعناه أنَّ كل واحد أو كل اثنين رأوهما في ناحية إلا أنَّ الفعل كان واحداً ، فابتدىء في زاوية ، وانتهى في غيرها ، فكانت شهادتهم على فعل واحد .

قال في فتح القدير : « وجه الاستحسان أنَّهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير ، إذ الكلام فيه بخلاف الكبير ، وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل ؛ لأنَّ البيت إذا كان صغيراً والفعل وسطه ، فكُلُّ مَنْ كان في جهة يظن أنَّه إليه أقرب ، فيقول : إنَّه في الزاوية التي تليه ، بخلاف الكبير فإنَّه لا يحتمل هذا ، فكان كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة .

أو حقيقة والفعل واحد ، بأنَّ ابتدىء الفعل في زاوية ثُمَّ صار إلى أخرى بتحركهما عند الفعل »[1] ، فكلام الكمال يشير إلى التوجيهين ،

---

(١) فتح القدير جـ٤ ص ١٦٧ .

وفهم منه أنَّ الفعل المشهود عليه في الوجهين متّحد ، غاية الأمر أنَّ الوجه الثاني اختلف فيه المكان ، وهذا معنى قوله : أو حقيقة والفعل واحد ، أي أنَّ الاختلاف حقيقة بالنسبة للمكان ، ويلزمه اختلاف الزمان والفعل واحد بأن استمر على الفعل الأول ولم يستأنف فعلاً جديداً .

والذي في السرخسي أنَّ اختلافهم في المكان بالنسبة للتوجيه الثاني يمكن التوفيق فيه بأنَّ المكان بين الزاويتين شيء متقارب ، فيكون في حكم المكان الواحد ، وإذا كان كذلك لم يختل شرط من الشروط ، وجعل حكم تعدد الزمان في الشهادة كحكم المكان من حيث إنَّ كُلاًّ منهما إذا تقارب لم يمنع الحكم ، يقول السرخسي بعد ذكره المسألة التي فيها الاستحسان موفقاً بين ما حصل للشهود من خلاف : « والتوفيق ممكن ، فوجب قبول شهادتهم كما لو اختلفوا في ثيابها حين زنى بها » .

وبيان إمكان التوفيق من وجهين :

أحدهما : أنَّ ابتداء الفعل كان في مقَدَّم البيت ، وانتهاءه كان في مؤخره لاضطرابها . أو كان في وسط البيت فظَنَّ اثنان أنَّ ذلك الموضع من مقَدَّم البيت ، واثنان أنَّه من مؤخره ، فشهدوا على ما وقع عندهم .

ثُمَّ قال : « ولم يذكر إذا تقارب اختلافهم في الزمان ، والجواب فيه كالجواب في المكان إذا تقارب على وجه يمكن التوفيق تقبل شهادتهم استحساناً » [1] .

ففي التوجيه الأول قبلت شهادتهم مع اختلاف المكان لتقارب المكانين ، فكذا إذا تقارب الزمانان تقبل الشّهادة .

---

(١) المبسوط جـ٩ ص٦١ .

اختلاف الحنفية في الحكم المأخوذ
من الاستحسان في هذه المسألة

لقد قَدَّمْنَا توجيه هذه المسألة بذكر كلام ابن الهمام والسرخسي ، وأنَّ كلامهما في ذلك متقارب ، إلا أنَّنَا نراهم بعد اتفاقهم على قبول شهادة الشهود يختلفان فيما وراء ذلك ، فالسرخسي يرى الغاية من الحكم بمقتضى الاستحسان ، هو قبول شهادة الشهود وعدم إهدارها ، ولا شيء غير ذلك ، بينما ابن الهمام وصاحب الهداية يريان الحد على هذه الشَّهادة علاوة على قبولها .

يقول السرخسي : « ثُمَّ هذا الاستحسان منَّا لتصحيح الشَّهادة لا لإقامة الحد ، فإنَّمَا يستحسن لدرء الحد »[1] . ويقول صاحب البداية : « وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة » ، قال صاحب الهداية : « معناه أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاوية ، وهذا استحسان ، والقياس ألا يجب الحد » ، ووافقه على ذلك الكمال . ويقول صاحب العناية على الهداية : « وإذا قبلت الشَّهادة كان من ضرورة قبولها وجوب الحد »[2] .

فهذا اختلاف ظاهر بين الحنفية في هذه المسألة ، ولو صَحَّ ما قاله السرخسي لبطل ما ادَّعاه غيرهم عليهم في هذه المسألة من أنَّهم يقيمون

---

(١) المبسوط جـ٩ ص٦١ .

(٢) انظر ذلك في : فتح القدير وما معه من كتب جـ٤ ص ١٦٧ .

الحد مع عدم استيفاء شروطه ، أو مع قيام الشبهة المانعة . إلا أنَّنَا تتبعنا كثيراً من كتب الحنفية (١) ، فلم نجد في هذه المسألة إلا قبول شهادة الشهود وترتب الحد بناء عليها ، ولا ذكر لما قاله السرخسي أبداً ، فلَعَلَّه اجتهاد منه أو رأي مرجوح في المذهب .

وبناء على هذا نرى أنَّ الذي يمكن أن يكون مذهباً للحنفية هو ما نقله جمهور الحنفية في كتبهم ، لا سيما المتأخرين منهم .

ويؤيد مذهب جمهورهم أنَّ خصومهم الذين استغربوا منهم الحكم في هذه المسألة لم ينقلوا عنهم مجرد قبول الشَّهادة من غير أن يرتبوا عليها أثرها من إقامة الحد ، وإنَّمَا ينقلون عنهم وجوب الحد ، بل إنَّ الغزالي ليعترض على ما تذرع به الحنفية من إيجاب الحد في هذه المسألة من قولهم : إنَّ عدم إقامة الحد تؤدِّي إلى تكذيب الشهود ، ويرد عليهم بكلام قريب من كلام السرخسي الذي جعله مذهباً للحنفية .

يقول الغزالي في هذا الشأن ذاكراً حجة أبي حنيفة : « وغايته أن يقول - أي أبو حنيفة - : تكذيب المسلمين قبيح ، وتصديقهم وهم عدول حسن ، فنصدقهم ونقدر دورانه في زنية واحدة على جميع الزوايا ، بخلاف ما لو شهدوا في أربع بيوت ، فإنَّ تقدير التزاحف بعيد » . ثُمَّ أجاب على قولهم هذا بقوله : « وهذا هوس لأنَّا نصدقهم ولا نرجم الشهود عليه ، كما لو شهدوا في دور ، وندرأ الرجم من حيث لم

---

(١) انظر : الدر المختار على متن تنوير الأبصار ، وحاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين جـ٣ ص٢٢٠ الأميرية ، والبحر الرائق لابن نجيم جـ٥ ص ٢٣ ، ٢٤ العلمية ، ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام جـ٢ ص ٦٧ المطبعة الشرفية .

نعلم يقيناً اجتماع الأربعة على شهادة واحدة ، فدرء الحد بالشبهة أحسن »[١] .

فالغزالي يرى أنَّ الحكم في هذه المسألة هو تصديق الشهود فيما شهدوا به ، ودرء الحد عن المشهود عليه لقيام الشبهة ، وهي عدم توفر العلم اليقيني على اجتماع الأربعة على شهادة واحدة ، ويجعل ما عدا ذلك هوساً وإخفاقاً في حكم هذه المسألة ، فصنيعه هذا يؤيد ما عليه جمهور الحنفية .

الحنابلة ومسألة شهود الزوايا

هذه المسألة اشتهرت عن الحنفية دون غيرهم حتَّى إنَّ الإنسان ليخيل إليه أنَّها مما شَذَّ به المذهب الحنفي ، إلا أنَّ الواقع غير هذا فقد رأينا الإمام عبد الوهاب الشَّعراني الشَّافعي ينقل هذه المسألة عن الحنابلة أيضاً ، إذ يقول : « ومن ذلك - أي مسائل الخلاف - قول أبي حنيفة وأحمد : لو شهد اثنان أنَّه زنى بها في هذه الزاوية ، واثنان على أنَّه زنى بها في زاوية أخرى ، قبلت هذه الشهادة ووجب الحد ، مع قول مالك والشَّافعي لا تقبل ولا يجب الحد »[٢] .

ويؤيد نسبة القول بهذه المسألة للحنابلة ما ذكره صاحب المغني فيها ، حيث قال : « فصل : وإن شهد اثنان أنَّه زنى بها في زاوية بيت ، واثنان على أنَّه زنى بها في زاوية منه أخرى ، وكانت الزوايا متباعدتين ، فالقول

---

(١) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .
(٢) الميزان للشعراني جـ٢ ص ١٣٩ .

فيها كالقول في البيتين ، وإن كانتا متقاربتين كَمَلَتْ شهادتهم وحدّ المشهود عليه ، وبه قال أبو حنيفة »[1] .

ثُمَّ قال مستدلاً على هذا : « ولنا أنَّهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود بأن يكون ابتداء الفعل في إحداهما وتمامه في الأخرى ، أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منها فيجب قبول شهادتهم ... بخلاف ما إذا كانتا متباعدتين فإنَّه لا يمكن كون المشهود به فعلاً واحداً »[2] .

فكلام ابن قدامة صريح في أنَّ الحكم عندهم هو وجوب الحد إذا تقاربت الزوايا لا إذا تباعدت ، فلا حد كالبيتين .

خلاصة توجيه الحنفية للمسألة

لقد وجهوا حكمهم بوجوب الحد على أحد القولين على احتمال أن يكون الفعل كان وسط بيت صغير ، فظن كل شاهد أنَّ الفعل وقع في الزاوية التي هو فيها ، فلم يكن في الواقع اختلاف في المكان وإنَّمَا ذلك بحسب ما خيل إليهم .

كما وجهوا ذلك بأنَّ تعدد الأمكنة الحاصل مع اتحاد الفعل متقارب لا يقدح في اشتراط اتحاد المكان وإنَّمَا يقدح تعدد المكان عند انتفاء التقارب ككون الشَّهادة في دارين أو قبيلتين ، كما مَرَّ ذلك عن المبسوط .

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٨ ص ٢٠٥ .
(٢) المصدر السابق .

مخالفة كلام الحنفية في هذه المسألة للأدلة

وإذا نظرنا في كلام الحنفية المتقَدِّم وتوجيههم لهذه المسألة نجده يخالف الأدلة التي قدمناها المفيدة لدرء الحدود بالشبهات وشرط اتحاد الشهادة في الفعل والزمان والمكان .

فالتوجيه الأول ينافي صريح النص القائل : « ادرءوا الحدود بالشبهات » ، إذ كما يحتمل أن يكون الزنى كان وسط البيت يحتمل أن يكون وقع في عدة زوايا من زوايا البيت ، واحتمال ذلك شبهة تدرأ الحد ، فإقامة الحد مع الشبهة مخالفة للنص .

وإذا نظرنا لتوجيههم الثاني نجد أنَّ المكان فيه متعدد ، وكون الأمكنة متقاربة لا يدفع تحقق الشَّرط الذي يمنع من تمام الشهادة ؛ لأنَّ كل واحد من الشهود رأى الفعل في مكان مغاير للمكان الذي رآه فيه الآخر ، ومعنى هذا أنَّ شهادتهم لم تقع على مكان واحد وهذا هو الشَّرط .

بل إنَّ الفعل هنا أيضاً متعدد ؛ لأنَّ كل شاهد رآه يفعل فعلاً ، فيتعدد الفعل بتعدد رؤيتهم ، ولا أظن أنَّ استمرار فعل الزانيين فترة تمكن كل شاهد أن يراهما منفرداً عن غيره ، تجعل الفعل واحداً ، بل كل فترة يرى فيها الشَّاهد الفعل تعتبر فعلاً ، وإذا تعدد المكان لزمه تعدد الزمان ، فتكون المسألة على التوجيه الثاني فقدت ثلاثة شروط ، وهي : الاتحاد فعلاً وزماناً ومكاناً .

وقد قَدَّمْنَا أنَّ اشتراط هذه الشروط مطلوب حتَّى عند الحنفية ، بل عند أبي حنيفة نفسه ، كما مَرَّ في نص المبسوط .

ولَعَلَّ اشتراط اتحاد الشهادة في هذه الأشياء مأخوذ من قصة اليهود المتقَدِّمة ، وفيها أنَّهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة ، ويكون معناه : أنَّهم رأوا ذلك في وقت واحد ، ويلزمه اتحاد المكان والفعل ، فيكون التوجيه الثاني منافياً لما فهم من النص ، فيكون خلاصة ذلك : مخالفة هذه المسألة للأدلة كسابقتها . والله أعلم .

تحقيق القول في هذا الاستحسان

هذه حجج الحنفية فيما ذهبوا إليه ، وتلك ردود الجمهور عليها .

والذي يعنينا في هذا المقام هو هل للاستحسان بمعنى الحكم بالهوى واقع ملموس في مذاهب الأئمة ؟ أو هو مجرد كلمة يقذف بها العلماء بعضهم البعض زوراً وبهتاناً من غير أن يكون لها وجود في اجتهاداتهم وفتواهم ؟ .

وقبل الإجابة عن هذا السؤال ننظر فيما قَدَّمْنَاه من كلام الجمهور وكلام الحنفية ، وبالنظر فيه يتلخص لنا أنَّ من قال بوجود استحسان بهذا المعنى منسوب إلى الحنفية ، وهم الشَّافعية ومَنْ وافقهم ، قد أثبتوا ذلك فعلاً من الحنفية ، وإن أنكروه قولاً ؛ لأنَّ ما قَدَّمْنَاه عنهم في مسألتي شهود الزوايا والجزاء قد ظهر فيه مخالفتهم للنصوص ، بل إنَّ محمد بن الحسن - وهو قطب من أقطاب المذهب الحنفي - قد نسب الحنفية في مسألة الجزاء إلى مخالفة النص ، كما حكى ذلك عنه الزيلعي في تبيين الحقائق [1] . غير أنَّ الحنفية وإن اقتضى صنيعهم في المسألتين مخالفة النصوص لا يرون فيما

---

(١) جـ٢ ص ٦٣ .

ذهبوا إليه مخالفة النص ، بل يرون أنفسهم أنَّهم مستمسكون به ، ولذا لم يستندوا في المسألتين على دليل آخر غير النص .

يقول الشَّاطبي في ذلك : « فليس هذا - أي الحكم بوجوب الحد في هذه المسألة - حكماً بالقياس ، وإنَّمَا تمسك باحتمال تلقي الحكم من القرآن » [١] .

ويقول أبو السعود محتجاً للحنفية في مسلكهم في جزاء الصيد : « ولنا أنَّ النص أوجب المثل ، والمثل شرعاً يراد به المثل صورة ... » إلخ ما تقَدَّم عنه [٢] .

ويقول صاحب الهداية موجهاً دلالة الآية على مذهب الحنفية : « والمراد بالنص - والله أعلم - : فجزاء قيمة ما قتل من النَّعَم » [٣] . والاحتمال الذي عناه الشَّاطبي هو قول أبي حنيفة : إنَّهما يمكن أن يطوفا على جميع الزوايا في زنية واحدة ، فتكون شهادة الأربعة قد وقعت على فعل متحد لا متعدد [٤] ، وهذا احتمال واه ومردود كما قَدَّمْنَا ذلك .

وإذا نظرنا إلى إيراد خصوم الحنفية لحجج الحنفية ، نجدهم لا ينسبون لهم القول بهذا الاستحسان إلا عن طريق ما أُثر عنهم من مسائل فيها مخالفة للنصوص ، ولم يذكروا قولاً للحنفية ينصُّ على جواز الاستحسان بمجرد الهوى .

---

(١) الاعتصام جـ٢ ص ٣٢٣ .

(٢) تفسير أبي السعود جـ٣ ص ٦٥٣ .

(٣) الهداية مع فتح القدير جـ٢ ص ٢٦١ .

(٤) الاعتصام جـ٢ ص ٣٢٣ .

الجواب عن السؤال المتقَدِّم

وبعد ما قَدَّمْنَاه من تمهيد في كلام الفريقين نرجع إلى الإجابة عن السؤال ، فنقول بعون الله تعالى : إنَّ الاستحسان بمعنى الحكم بالهوى من غير استناد إلى حجة شرعية لا يقول به الحنفية عن طريق العمد والقصد ، وإن وقع منهم ما مقتضاه ذلك من المسائل فهو خطأ في الاجتهاد ؛ لأنَّهم قد تقَدَّم قولهم بالإنكار كما تقَدَّم إنكارهم لنسبة ذلك إليهم من خصومهم ، ورموا قائل ذلك بقلة الورع والدِّين .

هل فعلهم بمقتضى الاستحسان يصحح نسبته إليهم؟

يبقى هناك شيء وهو : هل يصح نسبة الاستحسان بهذا المعنى للحنفية بناءً على ما اقتضته فتاواهم ومسائلهم ، وإن كان ذلك مخالفاً لاعتقادهم وقولهم ؟ أو لا يصح ذلك نظراً إلى أنَّ مستندهم في ذلك ليس الاستحسان بالمعنى المذموم ، وإنَّمَا هو النص ؟ .

والجواب عندي أنَّ ذلك بحسب النظر ، فمَنْ نظر إلى الواقع وما في هذه المسائل من مخالفة لصريح النص ، يقول : إنَّ الحكم فيها بالهوى وأنَّ ما تذرعوا به من التعلق بالنص ، فهو تعلق ضعيف لا يغني عن الحق شيئاً ، وهذا نظر الجمهور إليهم فيما أعتقد .

ومن ينظر إلى وجهة نظر الحنفية ، وأنَّهم إنَّمَا فرعوا هذه الفروع بناءً على ما أفادته النصوص عندهم من معانٍ لا يمكنه أن يقول : إنَّهم حاكمون بالهوى ، بمعنى أنَّهم يرون الهوى والعقل دليلاً يستند إليه في الأحكام ،

بل غاية ما ينسبه إليهم أن يقول : قد اجتهدوا في فهم النصوص ولم يحالفهم الصواب .

ولو نظر الجميع للواقع بقطع النظر عمَّا تعلق به الحنفية لحكموا بمخالفتهم للنصوص ، والحكم بلا دليل حكم بالهوى . والله أعلم .

مناقشة النافين للاستحسان

ولنرجع بعد ما قررنا حقيقة الاستحسان بالمعنى المذموم ، وبيَّنا القول فيه بين المنكرين له والمثبتين ، وأنهينا القول إلى أنَّ فيه من نسب القول به لأبي حنيفة إنَّمَا نظر للواقع ونفس الأمر ، لا بالنسبة لقول القائل واعتقاده جواز العمل باستحسان هذا شأنه .

نرجع بعد ذلك كله إلى مناقشة عبارات النافين له ، فقد قال ابن الحاجب نافياً للقول به عن أحد المسلمين : « ولا يتحقق استحسان مختلف فيه » . وقول العضد : « والحق أنَّه لا يتحقق استحسان مختلف فيه »[1] . وقولهم : إنَّ هذا النوع قد حصل الإجماع على ردِّه[2] .

هذه العبارة نرى أنَّه لا مجال للقول بها بعد ما بيَّنا بالدليل الصحيح والحق الصريح وجود هذه الحقيقة ، وأكبر دليل على بطلان القول بالنفي وجود المنفي ، ونقول لهؤلاء : إن أردتم بالنفي نفي القول به والعمل بمقتضى ذلك ، فغير مسلم بما أثبتناه من فروع .

---

(١) انظر : ابن الحاجب مع شرح العضد جـ٢ ص٢٨٨ .

(٢) الإسنوي جـ٣ ص١٤٠ .

وإن قصدوا نفي اعتقاد ذلك أو القول به مع وقوع ذلك في تفريعاتهم .

وإن أنكروا تفريعها على ذلك فكلامهم يكون صحيحاً ، ويكونون موافقين على وجود مسائل يقتضي الحكم فيها الاستناد إلى غير الدليل والحجج الشَّرعية .

وقولهم : إنَّ الإجماع انعقد على عدم وجود نوع بهذا الشكل معارض بنقل غيرهم وجود ذلك ، فقد قَدَّمْنَا عن بعض العلماء قوله : قد كان أهل العراق على طريقة أبي حنيفة في القول بالاستحسان ، وهذا ما استحسنته عقولهم ، وإن لم يكن على أصل ، فقالوا به في كثير من مسائلهم ... إلخ[1] . وكذا نقلهم ذلك عن أبي حنيفة كما قَدَّمْنَا . اللهم إلا أن نحمل هذا الإجماع على إجماع متأخر عن ذلك انعقد من المتأخرين ، ولَعَلَّ السعد التفتازاني حينما قال : « اعلم أنَّ الذي استقر عليه رأي المتأخرين هو أنَّ الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام ، وهو حجة ، لأنَّ ثبوته بالدلائل التي هي حجة إجماعاً لأنَّه إمَّا بالأثر ، وإمَّا بالإجماع أو الضرورة أو القياس الخفي »[2] .

لاحظ أنَّ هذا المعنى كان موجوداً قبل ذلك ، أو على الأقل لم ينف وجود ذلك سابقاً ، ولذا سلمت عبارته عمَّا ورد على غيره .

وليكن هذا آخر ما أردت إبداءه من ملاحظات على هذا النوع من الاستحسان . والله أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ ص١٧٠ .

(٢) حاشية السعد على العضد جـ٢ ص٢٨٩ .

المعنى الثاني من معاني الاستحسان المردود

تقَدَّم الكلام على المعنى الأول للاستحسان المردود ، وهذا هو النوع الثاني له ، وهو عبارة عن دليل ينقدح في نفس المجتهد ، لا تساعده العبارة عنه ، ولا يقدر على إبرازه وإظهاره . ذكر هذا التعريف الغزالي ، ومثله للآمدي [1] .

شرح التعريف :

قوله : « دليل » ، أي حجة شرعية عند المجتهد ، و « انقداح الدليل » معناه : حصوله في ذهن المجتهد . وهذا الحصول إمَّا أن يكون بمعنى :

١ - تخيل الشيء وتوهمه في الذهن من غير تحقق وتثبت .

٢ - تحققه وثبوته في ذهن المجتهد قطعاً أو ظناً ، إذ الظن يجب العمل به شرعاً [2] .

وقوله : « لا تساعده عليه العبارة » ، معناه : يتعسر عليه التعبير عنه أو لا تسعفه العبارة المترجمة لما يجده في ذهنه من الدليل .

وقوله : « ولا يقدر على إبرازه وإظهاره » ، من عطف اللازم على الملزوم ، أو المعلول على علته [3] ، ومعناه : أنَّ السبب الذي منع من إظهاره وإيضاحه هو عسر التعبير عنه .

---

(١) المستصفى جـ١ ص٢٨١ ، والإحكام للآمدي جـ٣ ص١٣٦ .

(٢) ذكر صلاحية الانقداح لهذين المعنيين . العضد جـ٢ ص٢٨٨ ، وصاحب الإبهاج جـ٣ ص١٢٣ .

(٣) انظر : الإحكام للآمدي جـ٣ ص١٣٦ .

رأي الغزالي في هذا الاستحسان

يرى الغزالي أنَّ الاستحسان بهذا المعنى لا يصلح حجة ، سواء كان الانقداح بمعنى الثبوت والتحقق ، أو بمعنى التوهم والتخيل ، معللاً منع حجيته بكونه شيئاً في طي الكتمان لا يدرى حاله وكيفه ، وما لا يدرى لا يحكم عليه بكونه حجة ، لأنَّ الحكم على الشيء فرع تصوره ، وما دام لم يظهر هذا المعنى للوجود ، فلا يمكننا اتخاذه دليلاً تبنى عليه الأحكام .

وظاهر كلام الغزالي منع الحجية مطلقاً ، ونعني بالإطلاق منع احتجاج المجتهد به في نفسه وفي حق من يستفتيه ، واحتجاجه به على غيره في مقام المناظرة والمجادلة ، وإنَّمَا قلنا : ظاهر كلامه ، لأنَّه أطلق في منع الاحتجاج به ، ولم يفصل بين موقف المناظر في الدليل الذي أدَّاه النظر فيه إلى العمل به نفسه وإفتاء غيره به ، وبين موقف المناظر ، وهوالمقيم للحجة في وجه غيره .

وإليك نص الغزالي في هذا، يقول الغزالي بعد ذكره التعريف المتقَدِّم : « وهذا هوس لأنَّ ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدرى أنَّه وهم وخيال، أو تحقيق ؟ ولا بد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشَّريعة لتصححه الأدلة أو تزيفه ، أمَّا الحكم بما لا يدرى ما هو ، فمن أين يعلم جوازه ... » [1] .

فقول الغزالي : « وهو هوس » ، والهوس طرف من الجنون [2]، أكبر دليل على ردِّه .

---

(١) المستصفى جـ١ ص٢٨١ .

(٢) انظر : المختار في هذه المادة .

كما أنَّ قوله : « ولا بد من إظهاره ... إلخ » ، دليل على أنَّه لا يعتبر الاستحسان ما دام أنَّه شيء خفي لم يظهر للعيان ، سواء كان متحققاً عند صاحبه ، أم مجرد توهم وخيال .

إلا أنَّ قوله : « لا يُدْرَى » بالبناء للمجهول ، قد يشير إلى أنَّ علة المنع من التمسك بهذا الدليل هو عدم علم الغير به ، فلا يمنع الغزالي على هذا عمل المجتهد به في نفسه وإفتاء الغير بناء عليه إذا كان المجتهد على علم ، أو ظن بما انقدح في نفسه لا بناء على الوهم والخيال . وإذا كان مذهب الغزالي على أحد الاحتمالين هو رد هذا النوع مطلقاً ، فلا بد أن يكون هذا الرد مبنياً على إمكان حصول هذه الحقيقة ، وهي أنَّ هناك نوعاً من الأدلة الشَّرعية يدرك العقل معناه ، ويقف اللسان دون استطاعة التعبير عنه ، فهو إذاً غير مستحيل الوجود ، بل ممكن حصوله . هذا مذهب الغزالي في هذا النوع من الاستحسان في كتاب المستصفى [1] . أمَّا في كتاب المنخول فله في ذلك مذهب آخر .

(١) قد تبع الغزالي في هذا البيضاوي ، قال في المنهاج بعد ذكر المعنى المتقَدِّم : « ورد بأنَّه لا بد من ظهوره ليتميز صحيحه من فاسده » . المنهاج مع شرح الإسنوي جـ٣ ص ١٣٨ .

مذهب الغزالي في المنخول

أمَّا مذهبه في كتابه المنخول فمفاده أنَّ هذا النوع لا يدرى حجة شرعية ، لعدم إمكان تحقيقه في الوجود ، فكُلُّ دليل شرعي يلوح في ذهن المجتهد يسهل عليه ترجمته وإيضاحه وإظهاره ، فمستحيل حصوله في ذهنه ، فلا مجال لدعوى كونه دليلاً .

وهذا المنع شامل لكل من معنيي الانقداح المتقَدِّمَيْن ، وإن كان عبارته في المنخول جاء فيها التعبير بمعنى خفي ، بدل دليل ينقدح ، فيكون هذا المعنى الخفي الذي استقر في ذهن المجتهد ، مردود عند الغزالي سواء استقر بطريق التحقق والتثبت ، أم بطريق التوهم والخيال ، في مقام العمل به في نفس المجتهد ، أم في مقام مناظرته لغيره .

وإليك عبارته ، قال : « وقال قائلون هو معنى خفي تضيق العبارة عنه ، وهذا أيضاً هوس ، فإنَّ معاني الشَّرع إذا لاحت في العقول انطلقت الألسن بالتعبير عنها فما لا عبارة عنه لا يعقل » [١] .

موازنة بين كلام الغزالي في كتابيه

يرى في المستصفى إمكان وجود هذا النوع ، ويمنع التمسك به في مقام المناظرة ، كما يمنع أيضاً عمل المجتهد به في نفسه على أحد الاحتمالين ، والاحتمال الآخر جواز عمل المجتهد به في نفسه إذا كان هذا المعنى متحققاً في نفسه ويدريه .

---

(١) المنخول ص ٣٧٥ .

أمَّا في المنخول فيجعل تحقق هذا المعنى مستحيلاً ، ويقرر أنَّ من لوازم أدلة الشَّرع سهولة إظهارها وإبرازها للوجود عند حصولها في الذهن ، ويتبع هذا طبعاً عدم الاعتراف بالاستحسان مطلقاً في مقام المناظرة أو غيرها ، كان متحققاً في الذهن أو متخيلاً .

هذا . وقد قَدَّمْنَا أنَّ الغزالي جعل هذا النوع من باب الحكم بالهوى ، وفَرَّع عليه مسألة شهود الزوايا عند الحنفية .

وإنَّمَا أعدنا القول فيه ثانياً لكونه مذكوراً في جميع التصانيف ، معنى قائماً بنفسه ؛ ولاختلاف العلماء فيه من حيث ردِّه جملة ، والتفرقة بين حال وحال كما يأتي .

رأي غير الغزالي في هذا الاستحسان

يفرق غير الغزالي في هذا الاستحسان بين الانقداح بمعنى تحقق الدليل في ذهن المجتهد ، وبينه بمعنى تخيل الدليل وتوهمه . فيمنعون العمل بالثاني مطلقاً في مقام المناظرة أو غيرها ، ويجوزون العمل بالأول بالنسبة لعمل المجتهد به في نفسه ؛ لا بالنسبة للمناظرة وإثباته على الغير ، لأنَّ هذا لا يخلو من المعارضة وأن يقول الخصم : إنَّ الذي تجده في نفسك وترى كونه حقاً أجده في نفسي غير ذلك ، وليس ما حصل لك بأولى مما حصل لي .

وهذه عبارتهم المفيدة لما قَدَّمْنَاه ، يقول الآمدي بعد ذكر التعريف المتقَدِّم : « والوجه في الكلام عليه أنَّه - أي المجتهد - إن تردد فيه بين أن

يكون دليلاً محققاً ووهماً فاسداً ، فلا خلاف في امتناع التمسك به ، وإن تحقق أنَّه دليل من الأدلة الشَّرعية فلا نزاع في جواز التمسك به أيضاً ، وإن كان ذلك في غاية البعد »[1] .

ويقول الإسنوي معترضاً على البيضاوي : « ولقائل أن يقول : إن أراد المصنف بوجوب إظهاره أنَّه لا يكون قبل ذلك حجة على المناظرة ، فهذا واضح لكنه ليس محل الخلاف ، وإن أراد أنَّ المجتهد لا يثبت به الأحكام فهو ممنوع ، اللهم إلا أن يشك المجتهد في كونه دليلاً ، فإنَّه لا يجوز العمل به »[2] .

ويقول ابن السبكي في تكملة الإبهاج : « وهذا الرد - أي رد البيضاوي للاستحسان بالمعنى المتقَدِّم - يتضح به أنَّه لا يجدي شيئاً في مجلس المناظرة ، وأمَّا أنَّ المجتهد لا يعمل به فللقوم منع ذلك ، وأن يقولوا : إنَّمَا انقدح له دليل في حادثة وهو جازم به أفتى به المقلد »[3] .

وقال العضد : « ما المعنى بقوله : ينقدح ؟ إن كان بمعنى أنَّه يتحقق ثبوته فيجب العمل به اتفاقاً ، ولا أثر لعجزه عن التعبير فإنَّه يختلف بالنسبة للغير ، وأمَّا بالنسبة إليه فلا ، وإن كان بمعنى أنَّه شاك فيه ، فهو مردود اتفاقاً ، إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الاحتمال والشك »[4] .

---

(١) الآمدي جـ٣ ص ١٣٦ .

(٢) الإسنوي جـ٣ ص ١٤٠ .

(٣) تكملة الإبهاج جـ٣ ص ١٢٣ .

(٤) العضد على ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨ .

موازنة بين الغزالي وغيره

وبالنظر لما تقَدَّم يمكن أن نقول : إنَّ الفرق بين الغزالي وغيره ، هو أنَّ الغزالي في المنخول يمنع الاستحسان بهذا المعنى مطلقاً لكونه مستحيلاً تحققه ، وغيره يمنعه في بعض الأحوال وهو حالة المناظرة ، وحالة ما إذا كان مجرد خيال وشك في الدليل المنقدح في ذهن المجتهد ، ويجوز عمل المجتهد به عند تحققه إيَّاه ، وأنَّه في المستصفى يمنعه في جميع صوره ، لا لكونه مستحيلاً وإنَّمَا لكونه شيئاً لا يدرى ما هو ، وما لا يدرى لا يحكم به كما تقَدَّم ، وهذا على أحد الاحتمالين كما تقَدَّم .

وعلى الاحتمال الآخر يكون لافرق بينه وبين الجمهور من حيث اتفاقهم على ردِّه إذا كان المجتهد متردداً فيما استقر في ذهنه من معنى ، أو كان في مقام مناظرته غيره ، واتفاقهم على قبوله إذا كان متحققاً - أي المجتهد - مما استقر في ذهنه ، من حيث العمل به في نفسه .

ويؤيد هذا الاحتمال الأخير حكاية كل من الآمدي وابن الحاجب والعضد[1] ، الاتفاق على جواز العمل بما تحقق في ذهن المجتهد من دليل ولو عسر عليه التعبير عنه ؛ لأنَّه إذا كان للغزالي رأي مخالف لما صَحَّ حكاية الاتفاق ، إلا أنَّ صنيع الغزالي في المنخول صريح في رده للاستحسان مطلقاً ، فلا يمكن التوفيق بينه وبينهم ؛ لأنَّه أحال وجود هذا النوع ، فيكون القول بأنَّ ما تحققه المجتهد يجوز العمل به اتفاقاً غير مسلم ،

(١) انظر : ابن الحاجب مع شرح العضد والحاشية جـ٢ ص ٢٨٨ .

بل هناك من خالف في هذا وهو الغزالي ، إلا أن يكون ما صَرَّح به الغزالي في المنخول قد رجع عنه في المستصفى ، خصوصاً وأنَّ المستصفى متأخر التأليف عن المنخول ، فيصح نقلهم الاتفاق بناء على هذا . والله أعلم .

خلاصة ما تقَدَّم

وحاصل ما تقَدَّم أنَّ هذا الاستحسان له ثلاث حالات :

الحالة الأولى : دليل يتخيله المجتهد في نفسه تخيلاً ، ويتردد بين كونه دليلاً شرعياً أو غير دليل شرعي .

الحالة الثانية : أن يتحقق المجتهد من ذلك في ذهنه ، ولا يتأتى له التعبير عنه ، ويريد العمل به في نفسه أو إفتاء غيره به .

الحالة الثالثة : ما يتحققه كذلك ، ويريد أن يلزم به الخصوم كحجة من الحجج .

فالأول والأخير مردودان اتفاقاً . والثاني مقبول عند الجمهور ، مردود عند الغزالي مطلقاً على أحد الاحتمالين : إمَّا لأنَّه غير معلوم أو لأنَّه مستحيل التصور .

وعلى ما رآه الجمهور يكون الاستحسان في الحالة الثانية دليلاً شرعياً من الأدلة المعتبرة ، ويكون الكلام فيه تحت عنوان المردود من الاستحسان باعتبار المخالف لهم في جواز العمل به .

وإذا كان في هذه الحالة مقبولاً ، فيبقى النظر والخلاف في تخصيصه باسم الاستحسان .

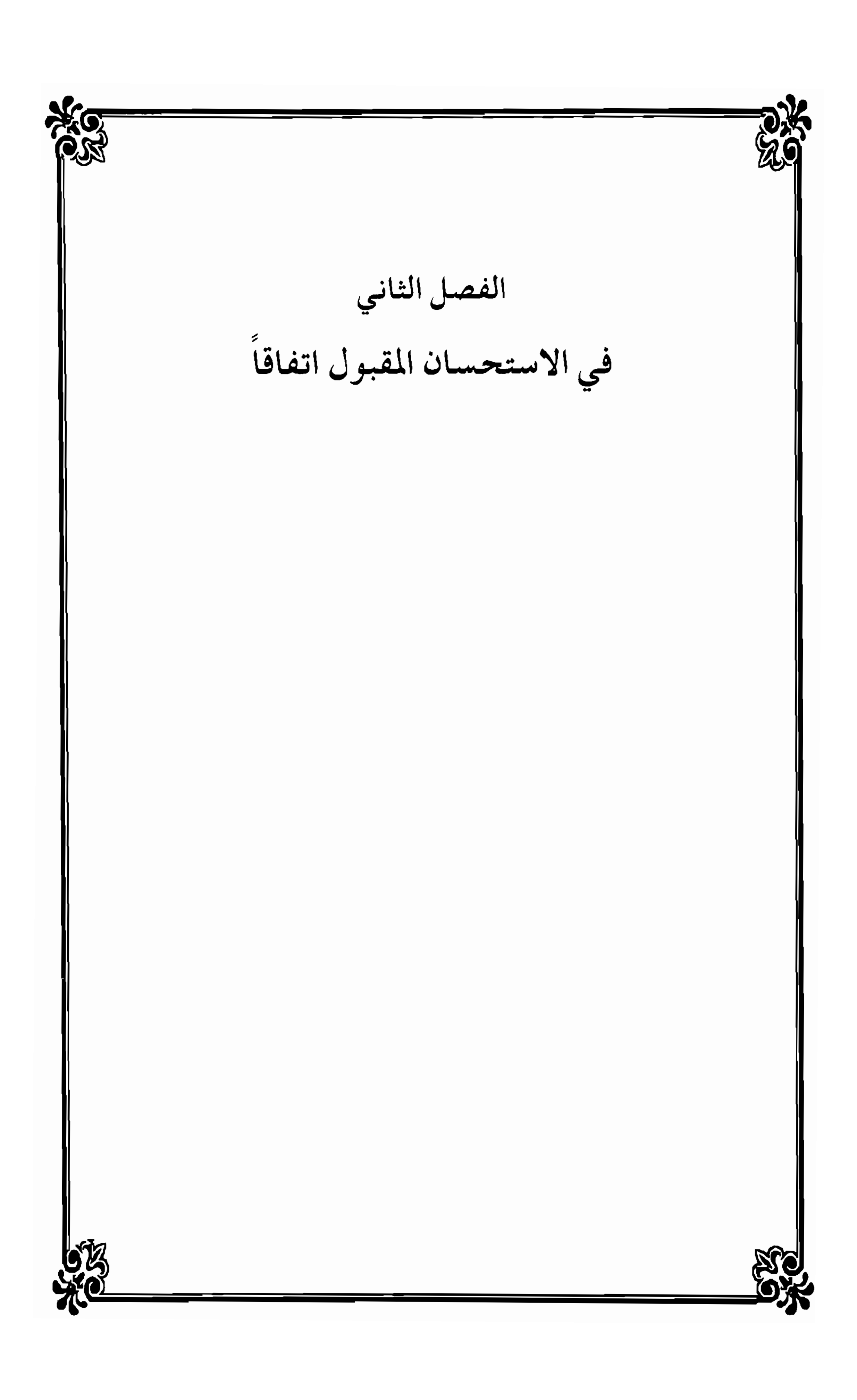
والجواب : أنَّ هذا اصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح . أو يقال : لما كان هذا النوع من الأدلة قصرت عبارة المجتهد عنه خص بهذا الاسم للتمييز بينه وبين ما يسهل التعبير عنه منها [١] .

وهذا خلاف لفظي لا تترتب عليه ثمرة ، يقول الآمدي : « وإنَّمَا النزاع في تخصيصه باسم الاستحسان عند العجز عن التعبير عنه دون حالة إمكان التعبير عنه ، ولا حاصل للنزاع اللفظي » [٢] .

***

(١) انظر : تكملة الإبهاج جـ٣ ص ١٢٣ .

(٢) الإحكام للآمدي جـ٣ ص ١٣٧ .



الفصل الثاني

في الاستحسان المقبول اتفاقاً

الفصل الثاني
في الاستحسان المقبول اتفاقاً

لقد ذكر الأصوليون عدة معان للاستحسان تلتقي كلها في أنَّه عبارة عن ترك دليل لدليل أقوى منه ، وتفترق في العموم والخصوص ، فبعضها يخص ذلك ببعض الأدلة دون بعض ، وبعضها يعم ذلك في كل دليل ، وإليك تعاريفهم لهذا القسم من الاستحسان :

التعريف الأول :

هو قطع المسألة عن نظائرها لما هو أقوى[1] ، قاله الكرخي [2] .

معنى التعريف :

أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في مسألة بحكم مماثل لحكم نظائرها ، إلى حكم يخالف حكم نظائرها ، وسبب عدوله وجود دليل أقوى من الدليل الذي يقتضي مساواتها بنظائرها [3] .

---

(١) انظر : البحر المحيط للزركشي جـ٣ ص ١٧٢ ، ومنهاج البيضاوي مع الشرح جـ٣ ص ١٣٨ .

(٢) الكرخي هو : عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم أبو الحسن الكرخي ، انتهت إليه رئاسة الحنفية ، تفقه عليه أبو بكر الرازي ، كان واسع العلم والرواية ، كثير الصوم والصلاة ، صبوراً على الفقر ، ولد سنة (٢٦٠ هـ) ، وتوفي سنة (٣٤٠ هـ) . تاج التراجم في طبقات الحنفية ص ٣٩ .

(٣) الإسنوي جـ ٣ ص ١٤٠ .

مثاله :

قول القائل : « مالي صدقة »، أو « لله عليَّ أن أتصدق بمالي »، فإنَّ المال في المثال مفرد مضاف ، فيعم جميع أنواع المال ، كانت من أموال الزكاة أو من غيرها ، فمقتضى العموم وجوب التصدق بجميع ما يملكه من مال ، إلا أنَّ هناك دليلاً منع من العمل بمقتضى العموم ، وهو قوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾(١) ، فإنَّ المراد من الأموال أموال الزكاة إجماعاً ، فليكن كذلك في قول القائل : مالي صدقة .

فأنواع الأموال نظائر تندرج تحت جنس المال ، وقد أخرج بعضها وهو الأموال التي لا تجب فيها الزكاة ، فحكم لها بحكم يخالف حكم نظائرها وهو عدم وجوب التصدق بها ، بعكس نظائرها ، فقد حكم فيها بوجوب التصدق بها في النذر ، والدليل الذي أدَّى إلى الحكم فيها بخلاف نظائرها هو الآية المتقَدِّمة ، وهي أقوى من الدليل الذي اقتضى مساواتها لنظائرها في الحكم ، وهو الدليل الدال على وجوب الوفاء بالنذر(٢) .

قال الإسنوي ممثلاً لهذا النوع من الاستحسان : وذلك كتخصيص أبي

---

(١) سورة التوبة : الآية ١٠٣ .

(٢) الدليل على ذكر قوله تعالى : ﴿ وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ ﴾ [الحج : الآية ٢٩]، ولعموم قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : الآية ١]، ولأن الله قد مدح به فقال : ﴿ يُوفُونَ بِالنَّذْرِ ﴾ [الإنسان : الآية ٧]، وأخبر بوقوع العقاب بنقضه فقال : ﴿ وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِن فَضْلِهِ ﴾ الآية إلى قوله : ﴿ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ ﴾ [التوبة : الآيات ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧]، ولقوله عليه الصَّلاة والسَّلام : « مَنْ نذر أن يطيع الله فليطعه » رواه البخاري، الفتح الكبير جـ٣ ص ٢٤١ ، والإجماع على وجوب الإيفاء به . انظر : بداية المجتهد جـ ١ ص ٣٤٢ ، طبعة الإستانبول، وفتح القدير جـ٤ ص ٢٧ ميري .

حنيفة قول القائل : « مالي صدقة » ، بالمال الزكوي دون غيره ، فإنَّ الدليل الدال على وجوب الوفاء بالنذر يقتضي وجوب التصدق بجميع أمواله عملاً بلفظه ، لكن ههنا دليل خاص يقتضي العدول عن هذا الحكم بالتسمية إلى غير الزكوي ، وقوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾ فإنَّ المراد بالمال في الآية هو الزكوي ، فليكن كذلك في قول القائل : « مالي صدقة ، والجامع هو قرينة إضافة الصَّدقة إلى المال في الصورتين » [1] .

فالحاصل من هذا التمثيل أنَّ في كُلٍّ من الآية وقول الناذر عموماً ، وهذا العموم غير مراد في الآية ، بل المراد بها مال خاص هو مال الزكاة ، فرأى أبو حنيفة تخصيص قول الناذر بالمال الزكوي كالآية ، وأشار الإسنوي إلى أنَّ العلاقة بين قول النَّاذر والآية ، هي نسبة الصَّدقة إلى المال في الآية والنذر ، فيفهم من كلامه أنَّ أبا حنيفة قاس قول النَّاذر على الآية للعلاقة المتقَدِّمَة ، فحكم عليه بما حكم به في الآية ، وهو التخصيص بالمال الزكوي .

فأصل وجوب التصدق في مسألة النذر حاصل بدليل النذر ، وإنَّمَا الذي حصل بالقياس هو تخصيص الوجوب بمال معين .

الاعتراضات على هذا التعريف

اعترض على هذا التعريف بأنَّه غير مانع من دخول غير أفراده فيه ، وذلك لأنَّه يدخل فيه العدول عن العام إلى الخاص وليس باستحسان .

ووجه ذلك أنَّ الاستحسان العدول في مسألة عن حكم نظائرها ... إلخ .

---

(١) الإسنوي على المنهاج جـ٣ ص ١٤٠ .

والمخرج من العموم قد عدل به عن حكم نظائره ، وسبب العدول دليل أقوى ، وهو الخاص ، لأنَّه أقوى من العام ، فقول الله تعالى : ﴿ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ ﴾ عام قد أخرج منه أهل الذمة ، فقد عدل في هذا بأهل الذمة عن أن يحكم فيهم بما حكم به في المشركين الذين هم نظراء لأهل الذمة في الشرك ، لدليل أقوى ، وهو الدليل الذي أفاد عدم قتل الذميين .

مع أنَّ تخصيص العموم ليس من قبيل الاستحسان عند الحنفية أصحاب هذا التعريف[١] .

كذلك يدخل فيه النسخ لبعض الصور ، فيسمى على هذا استحساناً ، وذلك لأنَّ البعض المنسوخ قد عدل به عن حكم مماثله الذي لم ينسخ بورود الناسخ[٢] .

التعريف الثاني :

هو القول بأقوى الدليلين ، قال الزركشي : قال الباجي[٣]: ذكر محمد بن حويز منداد[٤] معنى الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك

(١) انظر : الإسنوي جـ٣ ص ١٤٠ ، وتكملة الإبهاج جـ٣ ص ١٢٤ .

(٢) ينظر في هذا الآمدي جـ٣ ص ١٣٧ ، وتكملة الإبهاج جـ٣ ص ١٢٤ .

(٣) هو : القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي المالكي ، الفقيه الأصولي النظار ، حاز الرئاسة بالأندلس ، ممن أخذ عنه أبو بكر الطرطوي وكثير غيره ، ولد سنة (٤٠٣ هـ) ، وتوفي سنة (٤٩٤ هـ) . الديباج ص ١٢٠ وما بعدها .

(٤) هو : محمد بن أحمد بن عبد الله الفقيه الأصولي ، تفقه على الأبهري وكتب في الأصول والخلاف ، له شواذ عن مالك ، وله اختيارات في أصول الفقه ، خالف فيها غيره . ذكره في الديباج ، ولم يذكر مولده ولا وفاته ، وقد كان موجوداً في القرن الرابع ؛ لأنه من تلامذة الأبهري . انظر : الديباج ص ٢٦٨ وص ٢٥٥ وما بعدها في ترجمة الأبهري منه .

هو القول بأقوى الدليلين ، كتخصيص بيع العرايا [1] من بيع الرطب بالتمر ، وتخصيص الرعاف دون القيء بالبناء للحديث فيه[2] ، وذلك لأنَّه لو لم ترد سنة بالبناء لكان في حكم القيء في أنَّه لا يصح البناء لأنَّ القياس يقتضي تتابع الصَّلاة ، فإذا وردت السنة في الرخصة بترك التتابع في بعض المواضع صرنا إليه وأبقينا الباقي على الأصل ، قال : وهذا الذي ذهب إليه هو الدليل فإن سمَّاه استحساناً فلا مشاقة في التسمية انتهى » [3] .

وهذا المعنى شبيه بما تقَدَّم عن الكرخي في أنَّ كُلاًّ منهما فيه عدول عن دليل متفق عليه إلى دليل متفق عليه أيضاً ، لكنه أقوى من العدول عنه .

كما أنَّه شبيه به في أنَّ كلاهما فيه الحكم على بعض المسائل بحكم يخالف نظائرها لدليل .

فمسألة العرايا التي رخص فيها حكم فيها بغير حكم نظائرها وهو الجواز ، إذ حكم بيع الرطب بالتمر في غير العرايا المنع ؛ لأنَّه فيه ربا الفضل ، إذ الرطب الذي يباع بالتمر ينقص عند الجفاف ، كما قال في الحديث : « أينقص الرطب إذا جف ؟ » قال : نعم ، قال : « فلا إذاً »[4] .

---

(١) العرايا جمع عرية ، وهي أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات لرجل بعينه فيجوز للمعري شراؤها من المعري له بخرصها تمراً بشروط هذه حقيقتها عند المالكية ، وهي رخصة الأصل فيها المنع لأنَّه ﷺ نهى عن بيع التمر بالرطب إلا أنَّه أرخص في العرية . انظر : بداية المجتهد جـ٢ ص ١٨٠ ، ١٨١ ، والحديث فيها .

(٢) تنظر أحاديث الرعاف في الموطأ جـ١ ص ٣٨ وما بعدها .

(٣) البحر المحيط جـ٣ ص ١٧١ .

(٤) رواه البخاري كما في شرح المسلم جـ٢ ص ١٩٦ .

كذلك مسألة الرعاف قد غايرت نظائرها في الحكم إذ الحكم في كُلِّ أمر يمنع تتابع الصَّلاة ويخل بهيئتها المطلوبة أن يكون مبطلاً ، ولذلك نجد القيء مبطلاً ، والفعل الكثير مبطلاً لأنَّ في ذلك إخلال بالنظام المعهود في الصَّلاة عن الشَّارع ، إلا أنَّ الشَّارع استثنى مسألة الرعاف ، وهذا يخالف ما حكم به في نظائرها كالقيء مثلاً ، وهو بطلان الصَّلاة .

التعريف الثالث :

عرفه بعضهم بأنَّه : العمل بأقوى القياسين . ذكر هذا الزركشي في البحر المحيط[١]، والشَّاطبي في الاعتصام[٢]، ومعنى هذا أنَّ الاستحسان : العدول عن قياس قوي إلى أقوى منه ، فيكون هذا المعنى خاصاً بالعدول عن دليل القياس إلى القياس ، ولا يشمل العدول في غير ذلك .

ومن أمثلته عند الحنفية مسألة قياس سؤر سباع الطير على سؤر الآدمي دون سباع البهائم ، فاكتنف مسألة السؤر قياسان ، فعمل بالأقوى ، كما يأتي تفصيلها قريباً إن شاء الله[٣] .

التعريف الرابع :

أنَّه : تخصيص القياس بالسنة . ذكر ذلك أيضاً الزركشي في بحره[٤] .

---

(١) انظر : البحر المحيط جـ٣ ص ١٧١ .
(٢) الاعتصام الشاطبي جـ٢ ص ٣٢٢ .
(٣) المرجع السابق جـ٢ ص ٣٢٢ .
(٤) البحر المحيط جـ٣ ص ١٧٢ .

وهذا أيضاً من المعاني الخاصة للاستحسان إذ انحصر في العدول عن القياس فقط دون سائر الأدلة إلى دليل السنة فقط دون غيرها من الأدلة ، إذ كان مرادهم من القياس المعنى المصطلح عليه عند الأصوليين .

ويحتمل أن يكون مرادهم من القياس : الدليل الذي ينطبق على مسائل متعددة ، من ضمنها المسألة التي حكم فيها بدليل الاستحسان فيشمل العام وما تناولته القواعد العامة من فروع [1] ، إذا ورد دليل خاص ، بخلاف ما اقتضاه كل من العام والقاعدة في بعض الفروع .

فعلى هذا يكون الاستحسان هوالعدول عن أي دليل من الأدلة إلى دليل السنة فيكون من أمثلته على هذا المثال المتقَدِّم في مسألة العرايا ، ولا يخرجه هذا عن كونه خاصاً ببعض معاني الاستحسان لعدم العموم في المعدول إليه فيه .

التعريف الخامس للاستحسان المقبول :

هو : القياس الخفي المعارض بقياس جلي . ذكره صدر الشريعة [2] في التنقيح وشرحه [3] .

وهذا المعنى هو الذي ينصرف إليه لفظ الاستحسان عند الإطلاق غالباً في كتب أصول الأحناف [4] .

(١) انظر : تعليل الأحكام للشيخ شلبي ص ٢٤٨ .

(٢) صدر الشريعة : عبيد الله بن مسعود بن محمود صدر الشريعة المحبوبي عالم محقق ، وحبر مدقق ، له تصانيف مفيدة ، منها : التنقيح في أصول الفقه وشرحه المسمى بالتوضيح . تاج التراجم ص ٤٠ .

(٣) انظر : جـ٣ ص ٢ ، ٣ ، وغيره من كتب الحنفية في هذا الموضوع .

(٤) التلويح على التوضيح جـ٣ ص ٣ ، ٤ .

وهذا النوع من الاستحسان له قسمان ، كما أنَّ لمقابله وهو القياس الجلي قسمان :

فالأول من قسمي الاستحسان : ما قوي أثره .

والثاني : ما ظهرت صحته وخفي فساده ، أي إذا نظرنا إليه بادىء النظر نرى صحته ، ثُمَّ إذا تأملناه حق التأمل علمنا أنَّه فاسد .

والقسم الأول من قسمي مقابله هو القياس الجلي ، وهو : ما ضعف أثره .

والثاني : ما ظهر فساده وخفيت صحته ، أي ما يظهر بادىء الرأي فساده ، فإذا تؤمل علم أنَّه صحيح[1] .

القياس والاستحسان عند الاجتماع :

فإذا علم ما مَرَّ من أقسام القياس الجلي والاستحسان فإذا اجتمع القسم الأول من الخفي مع القسم الأول من الجلي قُدِّم الخفي المعبر عنه بالاستحسان .

وإذا اجتمع القسم الثاني من الخفي مع القسم الثاني من الجلي قُدِّم القياس الجلي على الخفي المعبر عنه بالاستحسان[2] .

مثال ما اجتمع فيه القسمان الأولان : سؤر سباع الطير من حيث طهارته ونجاسته ، فالاستحسان يقتضي طهارته ، وهو القياس الخفي ،

---

(١) التنقيح وشرحه جـ ٣ ص ٤ .
(٢) المصدر السابق .

والقياس الجلي يقتضي نجاسته ، فيقدم الأول وإن كان خفياً ؛ لقوة أثره على الثاني وإن كان جلياً لضعف أثره .

معنى الأثر :

ويجدر بنا قبل أن نشرع في تفصيل كل من القياسين أن نبين معنى قوة الأثر وضعفه ، فمقصودهم بالأثر : التأثير ، كما قال صدر الشريعة [(١)] ، فيكون الأول قوي التأثير في الطهارة ، والثاني وهو القياس الجلي ضعيف التأثير في النجاسة ، أي نجاسة سؤر سباع الطير ، وضعف التأثير وقوته ترجع إلى ضعف المؤثر وقوته ، وهو العلة ، والمراد بتأثيرها : حصول الحكم عندها لا بها .

فالقياس الأول المقتضي الطهارة ، قوي العلة ، فأثر في الفرع الطهارة، والفرع هو السؤر .

والقياس الثاني ضعيف الأثر في نجاسة السؤر ، فلم يؤثر في نجاسة السؤر .

فالقياس الخفي في هذه المسألة هو قياس سؤر سباع الطير على سؤر الآدمي بجامع أنَّ كُلاً من السؤرين لم يخالطه ما ينجسه ، وحكم سؤر الآدمي الطهارة اتفاقاً فكذا ما قيس عليه .

فسؤر الآدمي لم ينجس ؛ لأنَّ ما خالطه وهو اللعاب من الآدمي طاهر، ولم ينجس سؤر سباع الطير لعدم مخالطة لعابه للسؤر؛ لأنَّه يشرب بمنقاره ومنقاره عظم جاف ، وملاقاة الطاهر للطاهر لا تحدث تنجيساً .

---

(١) التنقيح وشرحه جـ٣ ص ٤ .

والقياس الجلي هو قياس السؤر على سؤر سباع البهائم ، كالفهد والذئب ، بجامع أنَّ كُلاًّ منهما خالطه ما يوجب تنجيسه وهو اللعاب المتحلل من لحم نجس ، وحكم الأصل وهو سؤر سباع البهائم النجاسة ، فكذا حكم ما قيس عليه .

وجه قوة الأثر في الأول :

ووجه قوة الأثر في القياس الأول التي أوجبت تقديمه ، هو أنَّ العلة المؤدية للطهارة كون المخالط طاهراً ، ومخالطة الطاهر للطاهر لا توجب نجاسته ، فكانت هذه العلة قوية فأحدثت تأثيراً في طهارة السؤر .

وجه ضعف الأثر في الثاني :

وجه ذلك أنَّ العلة الموجبة لنجاسة السؤر هي مخالطة اللعاب النجس للسؤر فاقتضت تلك المخالطة تنجيسه .

ولما كانت هذه العلة - وهي مخالطة لعاب سباع الطير للسؤر (أي بقية الماء الذي شرب منه) - غير متحققة في الفرع هذا ، كان أثرها ضعيفاً فلم يحدث التنجيس في السؤر .

والواقع أنَّ العلة الموجبة للتنجيس لم توجد هاهنا مطلقاً لا على ضعف ولا على قوة ؛ لأنَّ اللعاب لم يتحلل في الماء من سباع الطير لشربها بمنقارها وهو جاف لا رطوبة فيه ، فلم يحصل ما يوجب التنجيس هذا ، يقول السعد في هذا المقام :

« وهذا قياس ضعيف الأثر لقصور علة التنجيس في الفرع - أعني

المخالطة - وقد قابله استحسان قوي الأثر يقتضي طهارة سؤرها ؛ لأنَّها تشرب بمنقارها على سبيل الأخذ ثُمَّ الابتلاع ، والمنقار عظم طاهر لأنَّه جاف لا رطوبة فيه ، فلا يتنجس الماء بملاقاته فيكون سؤره طاهراً كسؤر الآدمي والمأكول لانعدام العلة الموجبة للنجاسة ، وهي الرطوبة النجسة في الآلة الشاربة »[1] .

وقد وجَّه صاحب المسلم وشارحه هذا المثال بقولهما : « وذلك لضعف علة القياس ، وهو مخالطة الرطوبة النجسة في السؤر ، ولا توجد هذه العلة في سباع الطيور إذ تشرب بمنقارها فيخالط الماء دون اللعاب ، وهو عظم طاهر ، فما لاقى إلا طاهراً ، وملاقاة الطاهر بالطاهر لا توجب النجاسة ، فكان كسؤر سباع الآدمي ، وهذا أقوى ؛ لأنَّ تأثير ملاقاة الطاهر في بقائه طاهراً أشد وأقوى »[2] .

ويقول البزدوي[3] معللاً تقديم الاستحسان على القياس : « وقَدَّمْنَا الثاني وإن كان خفياً على الأول وإن كان جلياً ؛ لأنَّ العبرة لقوة الأثر دون الظهور والجلاء » ، ثُمَّ قال : « فسقط حكم القياس بمعارضة الاستحسان »[4] .

---

(١) التلويح على التوضيح جـ٣ ص ٥ .

(٢) جـ٣ ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

(٣) البزدوي : علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم أبو الحسن ، فخر الإسلام البزدوي ، الفقيه بما وراء النهر ، صاحب الطريقة على مذهب الإمام أبي حنيفة ، له المبسوط في الفقه الحنفي ، وكتاب في أصول الفقه مشهور ، ولد في حدود سنة (٤٠٠هـ) ، وتوفي سنة (٤٨٢ هـ) . تاج التراجم في طبقات الحنفية ص ٤١ .

(٤) البزدوي بهامش شرحه كشف الأسرار جـ٤ ص ٦ .

اعتراض على الاستحسان المقتضي الطهارة

واعترض على طهارة السؤر بأنَّ الطيور قد يقع بعضها على الجيف ، فيكون سؤره نجساً ؛ لأنَّ منقاره لا يخلو عادة من النجاسة ، فيصير سؤره نجساً لمخالطته لعظم متنجس .

الجواب على هذا الاعتراض :

أنَّ سباع الطير وإن وقعت على الجيف إلا أنَّ عادتها أن تدلك منقارها بالأرض بعد الأكل فيطهر ، فإذا التقى بشيء لم ينجس لزوال آثار النجاسة منه بالدلك ، غاية ما هناك احتمال بقاء شيء من النجاسة في منقارها ، ولذا كرهوا سؤرها عند وجود ماء آخر [١] .

المثال الثاني لاجتماع القياس والاستحسان

لقد قَدَّمْنَا مثال اجتماع القياس والاستحسان وتقديم الاستحسان ، وهنا نذكر اجتماعهما مع تقديم القياس الجلي على الاستحسان بعكس السابق ، ومثلوا له بسجدة التلاوة في الصَّلاة ، فالاستحسان عدم تأديتها بالركوع قياساً على سجدة الصَّلاة ، فإنَّ الركوع لا ينوب فيها عن السجود ، والعلة الجامعة بين الفرع والأصل هي كون الركوع غير السجود [٢] .

فكأنَّه قيل : سجدة التلاوة في الصَّلاة كسجدة الصَّلاة ، بجامع أنَّ كلتيهما غير الركوع ، والحكم في سجدة الصَّلاة أنَّه لا يجوز نيابة الركوع

---

(١) انظر : الاعتراض وجوابه في التقرير والتحبير جـ٣ ص ٢٢٣ ، والمسلم وشرحه جـ٢ ص ٣٢٣ .

(٢) انظر : شرح مسلم الثبوت جـ٢ ص ٣٢٣ .

عنهما ، فكذا سجدة التلاوة في الصَّلاة لا يجوز نيابة الركوع عنها ، هذا حاصل القياس الخفي المسمى استحساناً .

ومن المعلوم أنَّ جهة الخفاء في هذا الاستحسان غيرها في الاستحسان السابق ، إذ الخفي هنا الفساد ، والخفي هناك قوة الأثر الموجبة لطهارة السؤر ، هذا بيان القياس الخفي .

أمَّا بيان القياس الجلي في سجود التلاوة في الصَّلاة من حيث تأديته بالركوع وعدم ذلك ، فهو أن يقال : إنَّ الركوع مقيس على السجود ، والجامع بينهما أنَّ كُلاً منهما يحصل به الخضوع لله تعالى والتعظيم ، وحكم السجود أن تسقط به سجدة التلاوة ، فكذا ما أشبهه وهو الركوع تسقط به سجدة التلاوة .

قال ابن أمير الحاج : « فجاز إسقاطها - أي سجدة التلاوة - عنه - أي التالي - به أي الركوع قياساً على سقوطها عنه بها نفسها بجامع الخضوع تعظيماً ، بناءً على أنَّ التعظيم فيهما واحدٌ ، فكانا في حصول التعظيم بهما جنساً واحداً ، نعم السجود بها أفضل »[1] .

وإنَّمَا كان القياس خفي الصحة لأنَّ المقصود من السجود ليست ذاته وإنَّمَا المقصود منه الخضوع لله والتعظيم ، ولذا أطلق لفظ الركوع على السجود في قوله تعالى : ﴿ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ ﴾ ، لأنَّ الخرور : السقوط على الوجه ، وهذا المعنى ليس متبادراً ، بل المتبادر فساد القياس ؛ لأنَّ فيه إقامة غير المأمور به وهو الركوع ، مقام المأمور به وهو السجود في التلاوة

---

(١) التقرير والتحبير على التحرير جـ٣ ص٢٢٥ .

عند حصول سببه ، وهذا يظهر فساده بادئ الرأي ، لكنَّه إذا تؤمل في السجود وعلم أنَّ المراد به الخضوع لا ذاته ، وهو كما يحصل بالسجود يحصل بغيره ، تبين فساد هذا الظاهر ، فكان هذا القياس فاسد الظاهر صحيح الباطن .

وإنَّمَا كان الاستحسان صحيح الظاهر فاسد الباطن ، لأنَّه إذا نظر إلى أنَّ في إقامة الركوع مقام السجود ، تأدية للمأمور به بغيره ، حكم بعدم جواز إقامة الركوع مقام السجود ، وهذا أمر ظاهر متبادر الصحة ، أمَّا إذا نظر إلى أنَّ المقصود من السجود الخضوع مخالفة للمتكبرين من المشركين ، لا ذاته ، وأنَّ هذا الخضوع والتعظيم يحصل بالركوع أيضاً ، جاز القول بإقامة الركوع مقام السجود ، وهذا المعنى - أعني كون السجود مقصوداً منه الخضوع - أمر خفي لا يظهر من أول الأمر ومن أجل هذا كان الاستحسان خفي الفساد ظاهر الصحة .

وإنَّمَا كان هذا الظاهر فاسداً لأنَّ قياس سجدة التلاوة على سجدة الصَّلاة غير صحيح ، لأنَّ كُلاًّ من السجود والركوع في الصَّلاة مأمور به لذاته بأمر يخصه ، قال تعالى : ﴿ ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا ﴾ [1] ، فامتنع تأدِّي أحدهما بالآخر وإلا فات مقصود الأمر .

أمَّا في سجدة التلاوة فليست مقصودة بالذات ، بل المقصود مجرد الخضوع سواء تأدَّى بها أو بغيرها [2] .

---

(١) سورة الحج : الآية ٧٧ .

(٢) المسلم وشرحه جـ٢ ص ٣٢٣ .

وجواز تأدية سجدة التلاوة بالركوع في الصَّلاة هو قول أبي حنيفة خلافاً للأئمة الثلاثة [1] .

ويعلم أنَّ الخلاف بين أبي حنيفة وغيره إنَّمَا هوفي سجدة التلاوة داخل الصَّلاة ، فأمَّا خارج الصَّلاة فاتفقوا على عدم صحة تأديتها بالركوع ، وعللوا ذلك بأنَّ الركوع لم يعهد قربةً في غير الصَّلاة ، والتعظيم إنَّمَا يكون بما هو قربة عند الله تعالى [2] .

فعلم من هذا أنَّ القياس قسمان ، والاستحسان قسمان ، وأنَّ الاعتماد في تقديم أحدهما على الآخر ليس بالتسمية إنَّمَا ذلك بقوة الأثر ، فحيث وجدت قدم من اتصف بها كان قياساً أو استحساناً .

كما ظهر جلياً أنَّ الاستحسان هو القياس الخفي فحسب ، سواءً كان قوياً أو ضعيفاً ، كما أنَّ القياس هو ما كان جلياً ، سواءً كان قوياً أو ضعيفاً أيضاً .

معنى الجلاء والخفاء في كُلٍّ من القياس والاستحسان في هذا المثال

بقي أن يقال : ما وجه الجلاء في القياس ، والخفاء في الاستحسان ؟

قد اضطرب الأمر في وجه ذلك حتَّى قال صدر الشَّريعة : « ولا أدري خصوصية الأول بالقياس والثاني بالاستحسان » [3] .

---

(١) انظر : التقرير والتحبير على التحرير جـ٣ ص ٢٢٤ ، والمسلم وشرحه جـ٢ ص٣٢٣ .

(٢) المسلم وشرحه جـ٢ ص ٣٢٣ .

(٣) التوضيح على التنقيح جـ٣ ص ٥ .

ونقل السعد عن صدر الشَّريعة أنَّ توجيه ذلك أنَّه إذا جاز إقامة الركوع مقام السجود ذكراً لما بينهما من المناسبة ، أعني اشتمالهما على التعظيم والانحناء ، فجاز إقامته مقامه فعلاً لتلك المناسبة ، وهذا أمر جلي تسبق إليه الأفهام فيكون قياساً ، إلا أنَّ الاستحسان ألا يتأدَّى به كالسجدة الصَّلاتية لا تتأدَّى بالركوع ؛ لأنَّ الأمر بالشيء يقتضي حسنه لذاته ، فيكون مطلوباً لعينه فلا يتأدَّى بغيره ، وهذا قياس خفي بالنسبة للأول ، فيكون استحساناً(١) .

قال السعد : وفيه نظر إذ لا يخفى أنَّ عدم تأدِّي المأمور به بغيره قياساً على أركان الصَّلاة أظهر وأجلى من تأديه به قياساً على جواز إقامة اسم الشيء مقام اسم غيره .

والأقرب أن يقال : لما اشتمل كُلٌّ من الركوع والسجود على التعظيم كان القياس فيما وجب بالتلاوة في الصَّلاة أن يتأدَّى بالركوع كما يتأدَّى بالسجود ، ولما بينهما من المناسبة الظاهرة ، ولهذا صَحَّ التعبير بالركوع في قوله تعالى : ﴿ وَخَرَّ رَاكِعًا ﴾(٢) ، أي سقط ساجداً ، فهذا قياس جلي فيه فساد ظاهر هو العمل بالمجاز من غير تعذر الحقيقة وصحة خفيه ، هي أنَّ سجدة التلاوة لم تجب قربة مقصودة ، وإنَّمَا المقصود هوالتواضع ومخالفة المتكبرين وموافقة المطيعين ، وهذا حاصل في الركوع في الصَّلاة إلا أنَّ

---

(١) التلويح على التوضيح جـ٣ ص ٥ ، ٦ .
(٢) سورة ص : الآية ٢٤ .

المأمور به هو السجود ، وهو مغاير للركوع ، فينبغي ألا ينوب الركوع عنه كما لا ينوب عن السجدة الصَّلاتية مع قرب المناسبة بينهما لكونهما من أركان الصَّلاة ، وكما لا ينوب الركوع خارج الصَّلاة عن السجدة .

وهذا قياس خفي يسمى استحساناً ، وفيه أثر ظاهر هو العمل بالحقيقة وعدم تأدية المأمور بغيره ، وفساد خفي هو جعل غير المقصود مساوياً للمقصود ، فعملنا بالصحة الباطنة في القياس ، وجعلنا سجدة التلاوة في الصَّلاة متأدية بالركوع ساقطة به ، كما تسقط الطهارة للصَّلاة بالطهارة لغيرها ، بخلاف الركوع خارج الصَّلاة لأنَّه لم يشرع عبادة ، وبخلاف السجدة الصَّلاتية فإنَّها مقصودة بنفسها كالركوع ، بدليل قوله تعالى : ﴿ ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا ﴾[1] .

الفرق بين التوجيهين

فالفرق بين توجيه صدر الشَّريعة والتفتازاني :

أنَّ توجيه الأول هو أنَّ سبب الجلاء في القياس هو التساوي بين إقامة الركوع مقام السجود لفظاً ، وهو معنى قوله فيما تقَدَّم : « إقامة الركوع مقام السجود ذكراً وبين إقامته مقامه أداء » . وأنَّ سبب الخفاء في الاستحسان أنَّ الأمر بالشيء يقتضي أن يكون مطلوباً لعينه فلا يحل غيره محله .

---

(١) بتصرف من التلويح على التوضيح جـ٣ ص ٥، ٦ ، ٧ . والآية من سورة الحج : ٧٧ .

وأنَّ توجيه الثاني هو أنَّ الجلاء في القياس مبني على أنَّ كُلاًّ من الركوع والسجود فيه خضوع ، فإقامة أحدهما مقام الآخر جلي .

ويجعل وجه الخفاء في الاستحسان أنَّ فيه المساواة بين المقصود وغير المقصود ، ذلك أنَّ سجود التلاوة ليس مقصوداً لذاته ، فصَحَّ أن يقوم الركوع مقامه إذا حصل موجب سجود التلاوة في الصلاة .

فقياسه على ما هو مقصود لذاته وهو سجود الصَّلاة جعل القياس فاسداً فساداً خفياً ، والفساد الظاهر في القياس الجلي هو العمل بالمجاز وهو إقامة الركوع مقام السجود مع إمكان العمل بالحقيقة وهو الإتيان بالسجود .

والأثر الظاهر في الاستحسان هو العمل بالحقيقة وعدم إقامة الشيء مقام غيره ، فما ظهر في الاستحسان يخيل الناظر إليه باديء الأمر صحته ، وما ظهر في القياس يخيل إليه فساده باديء الأمر أيضاً ، إلا أنَّه عند التأمل يظهر له فساد الأول وصحة الثاني . والله أعلم .

التعريف السادس للاستحسان المقبول :

هو الدليل الذي يعارض القياس الجلي الذي يتبادر إلى الفهم(١) وتحته أنواع متعددة :

أحدها : الاستحسان بالأثر :

مثاله : الدليل الدال على جواز بيع السلم ، وهو قول الراوي عنه عليه الصَّلاة والسَّلام : « ورخص في السلم » ، ولَعَلَّه رخص في ذلك بقوله

(١) انظر : التوضيح جـ٣ ص ٣٢٢ .

عليه السَّلام : « من أسلف فلا يسلف إلا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »[1] .

فبناء على ما ذهب إليه صدر الشَّريعة أنَّ الاستحسان عبارة عن قوله ﷺ : « ورخص في السَّلم » ، وهو دليل معارض بدليل آخر ، وهو قوله عليه الصَّلاة والسَّلام : « لا تبع ما ليس عندك »[2] ، فتكون المقابلة والتعارض بين أثرين لا بين أثر وقياس كما هو قضية معنى الاستحسان هنا ، فحينئذ إمَّا أن يكون هذا المثال غير مطابق للمثل له ، أو يكون مطابقاً له بضرب من التأويل والتفسير لمعنى القياس الذي ورد في حد الاستحسان .

لكن الذي يظهر من كلامهم أنَّ مرادهم بالقياس الجلي هنا : غير المعنى المعهود للقياس ، الذي هو إلحاق فرع بأصل لاشتراكهما في العلة ، بل لَعَلَّ مرادهم به الدليل الذي ينطبق على مسائل متعددة ، من ضمنها المسألة التي حكم فيها بدليل الاستحسان ، فيأتي الاستحسان الذي هو دليل من السنة ويحكم فيها بغير حكم الدليل الأول الذي دخلت هذه المسألة تحته .

فكأنَّ اشتراك هذه المسائل في انضوائها تحت دليل واحد ، شبيه باشتراك الأصل والفرع في الحكم ، فأطلق عليها معنى القياس . أو مرادهم بالقياس مقتضى العام أو مقتضى القواعد ، فإنَّ العام يقتضي اتحاد

---

(١) رواه مسلم جـ٣ ص ١٢٢٧ ، تحقيق فؤاد عبد الباقي ، وابن ماجه جـ٢ ص ٧٥ ، تحقيق فؤاد عبد الباقي .

(٢) رواه ابن ماجه جـ٢ ص ٧٣٧ .

جميع أفراده في الحكم ، كما أنَّ القاعدة تقتضي استواء جميع جزئياتها في الحكم ، بحيث لا يختلف الحكم من جزئية إلى أخرى .

فمثلاً في قوله ﷺ : « لا تبع ما ليس عندك » عموم ؛ لأنَّه فيه نهي عن بيع كل شيء غير موجود لدى الإنسان ، فيدخل في ذلك النهي عن جميع أنواع البيوع التي لا يوجد فيها المبيع عند البائع ، كان ذلك سلماً أو غيره ، فمقتضى هذا العموم المعبر عنه بالقياس هنا ، منع بيع السلم ؛ لأنَّه بيع مؤجل في الذمة ، وهو ليس موجوداً لدى البائع ، فجاء دليل الاستحسان، وعارض هذا المعنى بتجويزه بيع السلم ، فيكون في جواز بيع السَّلم مخالفة لمقتضى دليل العام ، أو لقانون سائر البياعات وهو النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ، وهو المعني بالقياس فيما تقَدَّم .

يدلُّ لما قررناه قول الفنري في هذا المقام قال : يعني أنَّ القياس يأبى جواز السَّلم لانعدام المعقود عليه ، إلا أنَّه ترك بالأثر ، وهو قول الراوي : « ورخص في السلم » ، ثُمَّ قال : « فإن قيل : هذا تخصيص العام بالأثر وهو قوله عليه الصَّلاة والسَّلام : « لا تبع ما ليس عندك » .

قلنا : سلمنا كونه تخصيصاً ، لكنه مع ذلك ترك موجب قياس السلم على سائر البياعات بهذا الأثر »[1] . ففهم منه أنَّ المراد بالقياس ليس معناه المصطلح عليه ، لذا نجد الفنري اعترف بورود الاعتراض على وجود القياس بمعناه المعهود في هذا المثال .

وذكر ما يفيد أنَّ المراد بالقياس هنا هو الأصل الذي دلَّ على تحريم بيع

---

(١) حاشية الفناري على التوضيح ، والتلويح جـ٣ ص٣-٤ .

المعدوم في سائر البيوع الذي أخرج منه السلم ، كما فهم منه أنَّ الدليل المخصص العام يسمى : استحساناً .

مثال آخر :

ومن أمثلة ذلك : دليل جواز الإجارة ، وهو قوله عليه الصَّلاة والسَّلام : « أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه »[1].

ووجه دلالته أنَّ فيه الأمر بإعطاء الأجر ، وهو دليل على صحة العقد كما قال الفناري[2] . وهذا الدليل معارض لقوله ﷺ : « لا تبع ما ليس عندك » .

وذلك أنَّ الإجارة بيع للمنافع ، وهي ليست موجودة حين العقد إنَّمَا يتحصل عليها شيئاً فشيئاً بعد الشروع في العمل ، فهي إذاً داخلة في عموم المنع من بيع المعدوم ، فاستثنيت بقوله ﷺ : « اعطوا الأجير ... » .

فحصل التعارض بين الدليلين من حيث إنَّ أحدهما قاض بالمنع ، والآخر بالجواز ، وقدم أحدهما وهو الاستحسان ؛ لكونه خاصاً ، والخاص مقدَّم على العام .

ومن أمثلة ذلك أيضاً دليل صحة صوم من أكل ناسياً، وهو قوله ﷺ : « أتم صومك فإنَّ الله أطعمك وسقاك »[3] ، فهو معارض لمعنى الصَّوم ، إذ

---

(١) رواه ابن ماجه جـ٢ ص ٨١٧ .

(٢) حاشية الفناري على التوضيح والتلويح جـ٣ ص ٤ .

(٣) لفظ مسلم : « من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه ، فإنَّما أطعمه الله وسقاه » ، جـ٢ ص ٨٠٩ .

هو الإمساك عن المفطرات ، فقياس ذلك فساد الصَّوم لوجود ما ينافي حقيقته ، لكنه صَحَّ مع ذلك للدليل الدال على صحة ذلك . وهذا مذهب الحنفية .

ففي هذه المثل نجد الاستحسان ما هو إلا دليل جاء مخصصاً لدليل عام فعمل بالعام في بعض ما دلَّ عليه ، وترك مقتضاه في البعض الآخر .

الثاني من أنواع الاستحسان

الاستحسان بالإجماع - أي ترك العمل بمقتضى الدليل للإجماع - مثاله : الاستصناع وهو الطلب من الغير أن يصنع شيئاً مثل : أن يعقد مع إنسان على أن يصنع له خفاً ، ويبين له صفته ومقداره ، ولا يذكران أجلاً ، سواءً استلم الصانع الثمن أم لا ، فإنَّ هذا يجوز بالإجماع العملي للأمة من غير نكير .

وهذا يعارض الدليل المانع من بيع ما ليس عند الإنسان كما تقَدَّم ، وهذا الدليل المانع يطلقون عليه القياس الجلي ، إذ هو عام في المنع فخص عمومه بهذا الإجماع (١) .

النوع الثالث من أنواع الاستحسان

الاستحسان بالضرورة - أي ترك مقتضى الدليل للضرورة - . وذلك كالضرورة الداعية إلى استعمال مياه الحياض والآبار المتنجسة ، فإنَّها تجوز

---

(١) انظر : التحرير وشرحه التقرير جـ٣ ص٣٢٢ ، وحاشية الفناري على التلويح جـ٣ ص٤ ، وفصول البدائع للغزي جـ٣ ص٣٣٠ .

استعمال الماء ، وهذه الضرورة تعارض الدليل القاضي بنجاستها وعدم طهارتها بعد تنجيسها ؛ لأنَّه لا يمكن صب الماء على الحوض أو البئر ليطهر، وكذا الماء الداخل في الحوض أو الذي ينبع من البئر ينجس بملاقاة النجس ، والدلو أيضاً يتنجس بملاقاة الماء ، فلا يزال يعود نجساً فاستحسنوا ترك العمل بموجب القياس للضرورة الداعية إلى ذلك لعامة النَّاس ، وللضرورة أثر في سقوط الخطاب (١) .

النوع الرابع من أنواع الاستحسان

هو القياس الخفي الذي يقابل القياس الجلي ، وذلك كالأمثلة التي تقَدَّمت : كسؤر سباع الطير ، فقياسه على سؤر الآدمي الموجب لطهارته استحسان مقابل لقياس على ضعيف الأثر ، وهو قياسه على سؤر سباع البهائم : كالفهد والذئب الموجب لنجاسة السؤر . هذه أنواع الاستحسان الذي هو دليل يقابل القياس الجلي .

موازنة بين التعاريف المتقَدِّمة

أولاً : تعريف الكرخي للاستحسان بأنَّه العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها لوجه أقوى يقتضي العدول ، قد ذهب المالكية إلى مثله ، فقد نقل الزركشي في البحر المحيط عن الباجي أنَّه قال : « ذكر محمد بن خويز منداد أنَّ الاستحسان الذي قال به أصحاب مالك هو القول

---

(١) انظر في هذا المثال : التحرير وشرحه جـ٣ ص٢٢٢ ، وحاشية الفناري على التلويح جـ٣ ص٤ ، وشرح المنار لابن ملك وحاشية الرهاوي عليه ص٨١٣ .

بأقوى الدليلين »[1]، وقد نسب ابن العربي للمالكية والحنفية ما ذكر عن ابن خويز منداد[2].

ووجه المماثلة بينهما أنَّ القول بأقوى الدليلين عدول عن غير الأقوى إلى الأقوى لأجل كونه أقوى ، غاية الأمر أنَّ ابن خويز منداد لم ينص في تعريفه على أنَّ المسألة التي قيل فيها بأقوى الدليلين كانت داخلة في غير الأقوى .

فعلى هذا يكون الاستحسان بمعناه الذي نسب إلى أصحاب مالك مطابقاً للاستحسان عند الحنفية حسبما ذكره الكرخي ، خصوصاً وأنَّ ابن العربي نسب هذا التعريف إلى الحنفية أيضاً . وإليك نص ابن العربي ، قال : والاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، وقد بينا ذلك في مسائل الخلاف ، ونكتته المجزئة هنا أنَّ العموم إذا استمر ، والقياس إذا اضطرد ، فإنَّ مالكاً وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى .

ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة ، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس . ويرى مالك وأبو حنيفة تخصيص القياس ببعض العلة »[3].

(١) البحر المحيط للزركشي جـ٣ ص١٧١ .
(٢) أحكام القرآن جـ٢ص٧٤٦ .
(٣) المصدر السابق جـ٢ ص٧٤٥، ٧٤٦ ، وآخر العبارة في الاعتصام هكذا : ويريان معاً تخصيص القياس ونقض العلة .

ففهم من قوله : « العموم إذا استمر » أنَّ الحادثة المحكوم فيها بأقوى الدليلين كانت داخلة في مقتضى الدليل المتروك ، وذلك كمثال تخصيص المال بالزكوي في قول القائل : « مالي صدقة » ، فإنَّ غير الزكوي داخل في عموم المال أخرج بدليل أقوى هو قوله تعالى : ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾(١) ، فإنَّ المراد به مال الزكاة بالإجماع كما مَرَّ ، وكذا الحال في قوله : « والقياس إذا اطَّرد » ، يفهم منه أيضاً دخول المسألة المعدول بها عن الدليل غير الأقوى فيه .

ومن أجل ما بين التعريفين من تماثل قال الشَّاطبي في الاعتصام : «ويشعر بذلك - أي بالتعريف الذي قاله ابن العربي - تفسير الكرخي أنَّه العدول ... إلخ (٢) .

بل قد ذكر القاضي عبد الوهاب(٣) المالكي ما يفيد عدم الفرق بين التعريفين ، حيث قال : إنَّ قول الكرخي هو قول المحصلين من الحنفية ، ويجب أن يكون هو الذي قال به أصحابنا » (٤) .

ويظهر أنَّ مثل التعريفين المتقَدِّمَين ما ذكره ابن العربي من أنَّه إيثار ترك

---

(١) سورة التوبة : الآية ١٠٣ .

(٢) الاعتصام جـ٢ ص٣١٩ .

(٣) هو عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي ، القاضي أبو محمد أحد أئمة المذهب ، كان حسن النظر ، جيد العبارة ، نظاراً ، ناصراً للمذهب ، فقيه حجة ، نسيج وحده ، وفريد عصره . ألف في المذهب والخلاف والأصول تآليف كثيرة مفيدة ، منها : الإفادة والتلخيص في أصول الفقه ، والإشراف علي مسائل الخلاف . انظر : الديباج ص١٥٩ وما بعدها .

(٤) البحر المحيط جـ٣ ص١٧٢ .

مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض بعض مقتضاه »[1].

المقارنة بين الاستحسان بمعناه المتقَدِّم وما قَدَّمْنَاه عن الحنفية من قولهم: إنَّه قياس خفي في المقابلة جلي، وقولهم: إنَّه دليل يعارض القياس الجلي. لا سيما أنَّ الاستحسان بمعناه الذي ذكره الكرخي ووافقه عليه المالكية أعم مما ذكره بعض الحنفية كصدر الشريعة كما تقَدَّم تفصيله، ذلك أنَّ قولهم: قياس خفي في مقابلة قياس جلي، يخص الاستحسان بالتعارض بين نوعي القياس: الجلي والخفي، وما ذكره الكرخي أعم من هذا.

كذلك قولهم: بأنَّه دليل يعارض القياس الجلي أخص؛ لأنَّهم فسروا الدليل بواحد من أربعة أشياء قَدَّمْنَا الكلام عليها، فما عداها غير داخل، بخلاف تعريف الكرخي فإنَّه شامل لكُلِّ دليل كان من الأربعة أو غيرها.

وهناك ملاحظة بين هذين التعريفين وبين تعريف الكرخي، وهي أنَّ الكرخي جعل الاستحسان العدول، وفي هذين الاستحسان: عبارة عن الدليل المعدول إليه لا العدول الذي هو فعل المجتهد.

ولَعَلَّ الخطب في ذلك سهل إذ تارة يعبرون عن الاستحسان باعتباره دليلاً من الأدلة الشَّرعية، بقطع النظر عن تعلق المجتهد به وعدم تعلقه، وهذا ما سلك في تعريفي الحنفية، وتارة يعبرون عنه باعتباره فعلاً من أفعال المجتهد، وهو ما سلكه الكرخي ومن وافقه من المالكية.

---

(١) انظر: الاعتصام للشاطبي جـ٢ ص٣٢٠، والبحر المحيط جـ٣ ص١٧١.

وعلى كل حال فإنَّهم يتفقون في أنَّ المسألة المستثناة من غيرها ، الحجة فيها هو الدليل المعدول إليه ، لا العدول الذي هو فعل من أفعال المجتهد ، وهذا يكفي في بيان سهولة الخطب .

أمَّا قول مَنْ قال : إنَّه العمل بأقوى القياسين ، أو أنَّه تخصيص القياس بالسنة ، فهو لا يعدو عن أن يكون فرداً من أفراد تعريف الكرخي ، وابن خويز منداد لأنَّهما عامان في العدول عن أي دليل : قياس أو غيره ، كما أنَّهما عامان في كل دليل معدول إليه ، سواء كان سنة أم غيرها .

هذه التعاريف متفق عليها

فهذه عدة تعريفات قد آل الأمر فيها إلى معنىً واحد بضرب من التأويل والتوضيح ، فإذا أضفنا إليها القول بأنَّه معنىً ينقدح في نفس المجتهد لا تسعفه العبارة على إظهاره ، وفسرنا المعنى بالمعنى المتحقق لدى المجتهد ، كان هذا المعنى متفقاً عليه عند الأئمة ، لا ينكره منهم أحد إذا استثنينا من ذلك العدول إلى المصلحة والعدول إلى الضرورة ، وسيأتي الكلام عليها في مكان آخر .

أمَّا اتفاق الحنفية والمالكية على المعاني المتقَدِّمة فقد تقَدَّم خلال هذه التعريفات .

وأمَّا الحنابلة فقد ذكر أبو الخطاب (١) أنَّ الإمام أحمد - رضي الله عنه -

---

(١) أبو الخطاب هو : محفوظ بن أحمد الحسن بن أحمد الكلوذاني أبو الخطاب البغدادي الفقيه ، أحد أئمة مذهب أحمد وأعيانه ، كان حسن الأخلاق ظريفاً حاد الخاطر ، صنف في الفقه وأصوله والخلاف ، له كتاب في الأصول يسمى التمهيد ، ولد سنة (٤٣٢ هـ) ، وتوفي سنة (٥١٠هـ) . ذيل طبقات الحنابلة جـ١ ص١٤٣ .

لا ينكر الاستحسان بمعنى العدول عن دليل إلى دليل أقوى ، وإنَّمَا الذي أنكره من الاستحسان على الحنفية هو الاستحسان بمقتضى الهوى من غير دليل ، فلو كان الاستحسان عن دليل ذهبوا إليه لم ينكره ؛ لأنَّه حق [1] . وكذلك نسبه إليهم كل من الآمدي وابن الحاجب [2] .

وأمَّا الشَّافعية وهم كثيراً ما نسب إليهم القول بإنكار الاستحسان ، فقد صَرَّح أئمتهم بقبول مثل هذا الذي قَدَّمْنَا ، فقد مَرَّ عن العضد وابن السبكي [3] : أنَّ المعنى المنقدح في نفس المجتهد إن كان بمعنى المحقق عنده لا المشكوك فيه ، فهو متفق على العمل بمقتضاه في مقام العمل في خاصة النفس وإفتاء الغير به ، ولا يكون حجة على المناظر .

كما نقل عن جمع منهم قبول جميع أنواع الاستحسان التي لا مخالفة فيها للأدلة .

وإليك نص الزركشي نقلاً عن محققي الشَّافعية قال : قال ابن السمعاني [4]: إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه

---

(١) المسودة ص٤٥٢ .

(٢) انظر : الإحكام للآمدي جـ٣ ص١٣٦ ، وابن الحاجب مع العضد جـ٢ص٢٨٨ .

(٣) انظر : العضد على ابن الحاجب جـ٢ ص٢٨٨ ، والإبهاج على المنهاج جـ٣ ص١٢٣ .

(٤) هو محمد بن منصور بن محمد بن عبد الجبار بن السمعاني الشَّافعي الفقيه الأديب المحدث الحافظ ، ولد سنة (٤٦٦ هـ) ، سمع والده أبا المظفر ، توفي سنة (٥١٥ هـ) . انظر : ص١٨٦ جـ٤ من طبقات ابن السبكي .

من غير دليل فهو باطل ، ولا أحد يقول به ، ثُمَّ حكى كلام أبي زيد أنَّه اسم لضرب دليل يعارض القياس الجلي حتَّى كان القياس غير الاستحسان على سبيل المعارضة ... ثُمَّ نبه ابن السمعاني على أنَّ الخلاف بيننا وبينهم - أي الحنفية - لفظي ، فإنَّ تفسير الاستحسان بما يشنع عليهم لا يقولون به ، والذي يقولون به : إنَّه العدول في الحكم من دليل إلى دليل هو أقوى منه ، وهذا مما لم ننكره ، لكن هذا الاسم لا نعرفه »[١] .

قال الزركشي : « وقريب من قول ابن السمعاني قول القفال[٢] : إن كان المراد بالاستحسان ما دلَّ عليه الأصول بمعانيها ، فهو حسن ، لقيام الحجة له وتحسين الدلائل ، فهذا لا ننكره ونقول به ، وإن كان ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه بغير حجة دلت عليه من أصل ونظير ، فهو محظور ، والقول به غير سائغ »[٣] .

ثُمَّ قال : « قد اختلفت الحنفية في حقيقة الاستحسان على أقوال :

---

(١) البحر المحيط جـ٣ ص١٧١ .

(٢) الذي يغلب على ظني أنَّه : أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل القفال الكبير الشاني ، وهو أحد أئمة الإسلام ، قال العبادي : هو أفصح الأصحاب قلماً ، وأمكنهم في دقائق العلوم قدماً ، وأسرعهم بياناً . كان فقيهاً أصولياً محدثاً لغوياً شاعراً ، ولد سنة (٢٩١هـ) ، وتوفي سنة (٣٦٥هـ) . انظر : طبقات الشافعية لابن هداية وهامشها ص ٨٨ ، ١٨٩ . وهناك قفال آخر يلقب بالصغير هو أبو بكر عبد الله ابن عبد الله المروزي المعروف بالقفال شيخ الخراسانيين ، كان يرتحل إليه الطلبة من الأمصار ، ويتفقهون عليه ، ويصيرون أئمة ، توفي سنة (٤١٧هـ) ، وولد سنة(٣٢٧هـ) . وانظر : طبقات الشافعية لابن هداية الله وهامشها ص١٣٤ ، ١٣٥ .

(٣) البحر المحيط جـ٣ ص١٧١ .

أحدها : أنَّه العمل بأقوى القياسين ، وعلى هذا يرتفع الخلاف كما قال الماوردي(١)، والروياني(٢) ، لأنَّا نوافقهم عليه لأنَّه الأحسن(٣) ، وقال الغزالي : إنَّ الاستحسان بمعنى العدول عن القياس للحديث واجب الاتباع ، وكذا عن القياس إلى قول الصحابي المخالف للقياس »(٤) .

هذا الذي قَدَّمْنَاه قسم من أقسام الاستحسان اتفق على معناه ، وإن اختلف في إطلاق هذا الاسم عليه ، وهذا خطب سهل إذ لكُلٍّ أحد أن يعبر عن مراده بما يشاء من الألفاظ ما دام المعنى متفقاً عليه .

***

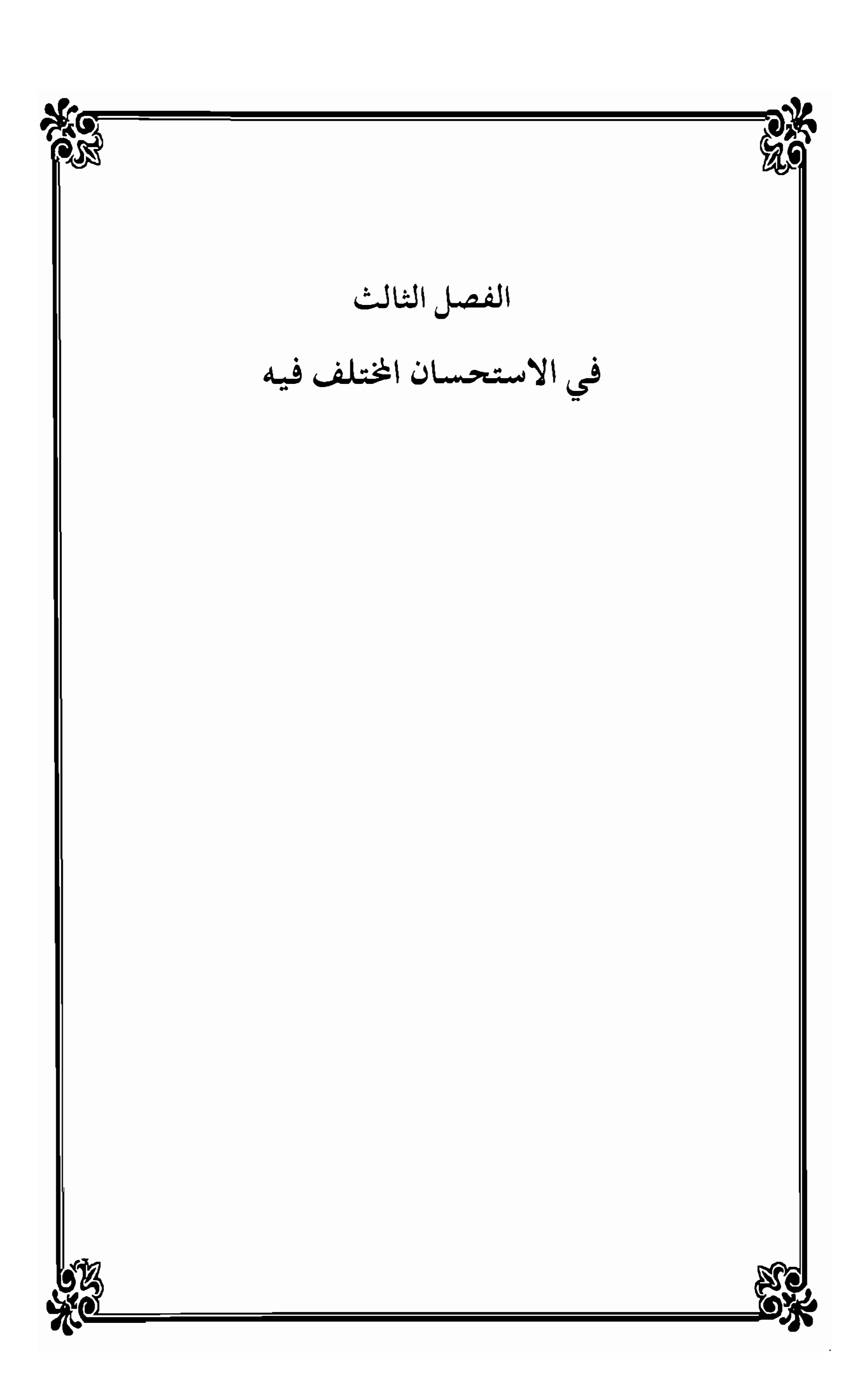
---

(١) الماوردي هو : قاضي القضاة أبو الحسن بن الحبيب الماوردي البصري ، من أكابر فقهاء الشافعية أقضى قضاة عصره ، كان يميل إلى مذهب الاعتزال ، من كتبه : أدب الدنيا والدين ، والأحكام السلطانية ، والحاوي في فقه الشافعية ، ولد سنة (٣٦٤هـ)، وتوفي سنة (٤٥٠هـ) . طبقات الشافعية لابن هداية الله وهامشها ص١٥١ ، ١٥٢ .

(٢) لهم رويانيان : أحدهما : أبو العباس أحمد بن محمد بن أحمد الروياني الطبري ، قاضي القضاة ، ومؤلف الجرجانيات ، توفي سنة (٤٥٠ هـ)، والثاني حفيد الأول ، وهو قاضي القضاة عبد الواحد بن إسماعيل صاحب البحر ، تفقه على جده المتقدِّم الذكر ، وقد أثر عنه أنَّه قال : « لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي » ، ولد سنة (٤١٥هـ)، وتوفي سنة (٥٠٢هـ) . طبقات الشافعية لابن هداية الله ص١٩٠ ، ١٩١ .

(٣) البحر المحيط جـ٣ص١٧١ .

(٤) انظر : المنخول ص٣٧٦ .



الفصل الثالث

في الاستحسان المختلف فيه

الفصل الثالث
في الاستحسان المختلف فيه

تمهيد :

لقد قَدَّمْنَا أنَّ هناك أنواعاً من الأدلة اصطلح العلماء أو بعضهم على تسميتها استحساناً ، وإن كانت هي في الواقع ونفس الأمر غير خارجة عن الأدلة المشهورة المتفق عليها بل هي عينها ، كما أنَّ هناك أنواعاً من الأدلة سميت : استحساناً اتفق العلماء على ردها وعدم قبولها ، وذلك مثل :

١- الاستحسان الذي هو حكم بمقتضى الهوى من غير استناد إلى حجة شرعية .

٢- الاستحسان الذي هو معنى ينقدح في نفس المجتهد انقداحاً لا يرقى إلى رتبة اليقين أو الظن ، ولا تساعد صاحبه العبارة على ترجمته وإظهاره .

٣- الاستحسان الذي هو معنى ينقدح ويثبت في ذهن المجتهد ثبوتاً محققاً بحصول اليقين أو غلبة الظن ، ولا يمكن المجتهد إبرازه وإظهاره حتَّى يحكم بصحته أو بطلانه ، إذا كان ذلك في مقام الاحتجاج به على الغير ، أمَّا في حالة عمله به في نفسه أو إفتائه الغير بمقتضاه فقد قَدَّمْنَا صحة التمسك به .

فهذه الأنواع الثلاثة قد قَدَّمْنَا اتفاق العلماء على ردها وعدم قبولها دليلاً على الأحكام .

أمَّا ما ينسب لأبي حنيفة من قوله بالاستحسان بمقتضى الهوى ، فإنَّمَا هو باعتبار ما وجد له من مسائل يقتضي رأيه فيها الحكم بالهوى ، لا باعتبار أنَّه صرح بجواز ذلك - أي الحكم بالهوى - ، أو أنَّه يعتقد ذلك حجة شرعية ، لأنَّنَا قَدَّمْنَا ما يرى له من مسائل مخالفة للأدلة قد خرجها هو وأصحابه على الأدلة التي لا خلاف فيها ، وإن كان غيرهم يرى خروجها عن الأدلة وعدم صحة تخريجها عليها ، والواقع يشهد بذلك .

فيكون المتفق على ردِّه من الاستحسان والمنفي صدوره عن أحد من أئمة المسلمين هو قول أحد منهم بهذا النوع وهو الحكم بالهوى ، أو اعتقاده له ، أمَّا حصول ذلك عفواً وخطأً فقد وجد ، وهو ليس المراد بالمتفق على ردِّه وعدم وجوده بين المسلمين ، إذ قد وجد ذلك عند أبي حنيفة وأصحابه كما قَدَّمْنَا .

بقي أن هناك نوعاً ثالثاً من أنواع الاستحسان جرى فيه الخلاف بين العلماء ، وهو ما عقدنا له هذا الفصل ، فبعض العلماء يراه دليلاً ، وبعضهم يردُّه .

ما يحتوي عليه هذا الفصل :

يشتمل هذا الفصل على مباحث ، وهي : بيان حقيقة هذا النوع من الاستحسان ، وذكر أقسامه ، والموازنة بينه وبين المصلحة المرسلة ، ومذاهب العلماء فيه وأدلتهم ، ورأى بعض المعاصرين في هذا الاستحسان .

المبحث الأول
في حقيقة الاستحسان

والكلام فيه على بيان معناه ، وجلب كلام الأصوليين في ذلك والموازنة بينه وبين اعتبار المآل .

تعريفه :

هو : تخصيص المجتهد دليلاً من الأدلة بالمصلحة المرسلة .

هذا تعريفه بالمعنى المصدري وهو فعل الفاعل ، وذلك أنَّ التخصيص فعل من أفعال المجتهد ، إذ هو قصره العام على بعض أفراده .

أمَّا تعريفه باعتبار كونه دليلاً في نفسه بقطع النظر عن تعلق المجتهد به ، وعمله بمقتضاه ، فهو : المصلحة المرسلة المخصصة للأدلة .

شرح التعريف بالمعنى الأول:

التخصيص هو قصر العام على بعض ما يصدق عليه ، وذلك كقصر المشركين المحكوم عليهم بالقتل في قوله تعالى : ﴿ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ ﴾[1] ، على بعض أفراده وهم المحاربون ، وكتخصيص العلة ببعض مواردها ، أي ببعض الأماكن التي وردت فيها كعلة نقض الوضوء ، وهي خروج النجاسة من بدن الإنسان ، فإنَّ هذه العلة توجد فيما يخرج من السبيلين ، كما توجد فيما يخرج من غيرهما ، كالدم الخارج بسبب جرح مثلاً ، ثُمَّ قصرت هذه العلة على ما يخرج من السبيلين خاصة ، فصارت سبباً

---

(١) سورة التوبة : الآية ٥ .

للنقض فيما إذا كان الخارج من أحد السبيلين فقط ، كما هو رأي بعض العلماء ، وتعطلت سببيتها بالنسبة للخارج من غيرهما ، فموارد هذه العلة متعددة شاملة لكل خارج من بدن الإنسان ، قصر على بعض الموارد وهو الخارج من السبيلين فقط .

وإضافة التخصيص للمجتهد يخرج بها تخصيص غيره ممن ليس بمجتهد كالعوام ، فلا يكون صنعه استحساناً ، بل هو عمل بغير دليل ، فيكون حراماً لعدم تأهله لذلك ، فليس من الاستحسان الشَّرعي في شيء . وقوله دليلاً هو العام المخصص ، وهو شامل لكُلِّ دليل قابل للتخصيص ، فيدخل في هذا العام اللفظي والمعنوي كالعلة كما تقَدَّم تمثيله . وقوله : بالمصلحة المرسلة ، يخرج به التخصيص بغيرها من الأدلة ، فليس من الاستحسان المراد هنا . وإن أطلق عليه بعض العلماء اسم الاستحسان أيضاً كما تقَدَّم ، لأنَّ مرادنا بالاستحسان هنا خصوص التخصيص بالمصلحة المرسلة ، لا مطلق تخصيص .

كلام الأصوليين في معنى هذا الاستحسان :

يؤخذ هذا المعنى الذي قَدَّمْنَاه للاستحسان من كلام جمع من الأصوليين ، فقد قال ابن العربي : « الاستحسان عندنا وعند الحنفية : العمل بأقوى الدليلين ، وذلك أنَّ العموم إذا استمر والقياس إذا اضطرد فإنَّ مالكاً وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى »[1] ،

---

(١) أحكام القرآن جـ٢ص٧٤٥،٧٤٦ .

وقال : « الاستحسان : ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته »[1] .

تعريف ابن رشد :

وقال ابن رشد : « هو أن يكون طرحاً لقياس يؤدِّي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه ، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع »[2] .

تعريف الأبياري :

وقال الأبياري : « إنَّه استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي » ، ثُمَّ قال : « فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس »[3] .

وجه أخذ معنى الاستحسان من هذه النصوص :

وطريق أخذ ما قَدَّمْنَاه من معنى للاستحسان من هذه النصوص هو أنَّ كلام ابن العربي في الموضعين بمعنى واحد ، إذ خلاصته أنَّ الاستحسان هو تخصيص دليل عام بدليل آخر خاص ، وعبارته في الدليل المخصص للعام شاملة لكل دليل ، يستفاد ذلك من قوله : فإنَّ مالكاً وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان ... إلخ ، لأنَّ « أي » من صيغ العموم ، فشمل كلامه المصلحة المرسلة ؛ لأنَّها داخلة في عموم الدليل ، وأكد هذا

(١) انظر : التعريف في البحر المحيط جـ٣ ص١٧١ ، والموافقات جـ٤ ص٢٠٨ ، والاعتصام جـ٢ ص٣٢٠ .

(٢) الاعتصام جـ٢ ص ٣٢١ .

(٣) البحر المحيط ٣/ ١٧١ ، والاعتصام ٢/ ٣٢١ .

الشمول بقوله - مبيناً للدليل - : من ظاهر أو معنى ، والمصلحة دليل معنوي ، على أنَّه قد صَرَّح فيما بعد بذلك فقال : « ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة »[1] .

فمن هذا كله أخذنا أنَّ من معاني الاستحسان تخصيص العموم بالمصالح . أمَّا كلام ابن رشد وكلام الأبياري فهما خاصان ، وليس فيهما العموم الذي تضمنه كلام ابن العربي ، وكلام الأبياري أخص .

بيان ذلك :

أنَّهما قد خصصا الدليل العام بكونه قياساً ، لقولهما : « طرحاً لقياس »، و « استعمال مصلحة في مقابلة قياس كلي » ، كما خصصا الدليل المخصص للعام بكونه مصلحة إذا فسرنا المعنى - المشار إليه بقول ابن رشد - لمعنى يؤثر في الحكم » بالمصلحة ، أمَّا إذا فسرنا كلام ابن رشد بما هو أعم من ذلك فلا يكون قاصراً على المصلحة ، فعلى التأويل الأول يكون بينهما اتفاق في العام والخاص ، وعلى الثاني يكون اتفاقهما في العام فقط من كونه قياساً في الخاص ، فإنَّه عند ابن رشد على هذا التأويل شامل للمصلحة وغيرها ، وقاصر عليها عند الأبياري .

ومحل الشاهد في كلام هذين الإمامين أنَّ في تعريفهما على كلا الاحتمالين تخصيص بالمصلحة ، هذا إذا فسرنا القياس في كلامهما بالقياس المصطلح عليه بين الأصوليين ، أمَّا إذا فسرناه بمطلق الدليل

---

(١) انظر أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص٧٤٦ .

الشامل لمتعدد ، فيشمل العام المصطلح عليه والقياس كما مَرَّت الإشارة إليه عن الفناري[1] ، فإنَّ تعريفهما يكونان نصاً فيما قَدَّمْنَاه من تعريف الاستحسان ؛ لأنَّ قولهما : تخصيص قياس وطرح قياس ... إلخ ، في قوة قولهما : تخصيص عموم بمصلحة ، فيشمل عموم القياس وهو عموم العلة ، والعموم اللفظي .

موازنة بين هذه التعاريف

أولاً : بين تعريف ابن العربي وغيره :

مما تقَدَّم يظهر لنا أنَّ تعريف ابن العربي للاستحسان فيه شمول في جانب العام من حيث كونه لفظياً ومعنوياً ، وشمول في جانب الخاص من حيث كونه شاملاً لجميع الأدلة ، وعلى العكس من هذا تعريف ابن رشد والأبياري فإنَّهما خاصان في العام والخاص ؛ لتناولهما للقياس الكلي فقط في جانب العام ، وللتخصيص بالمصلحة خاصة دون غيرها من الأدلة في جانب الخاص ، هذا بناء على أنَّ مرادهما من القياس حمل معلوم على معلوم كما هو المشهور من مصطلح أهل الأصول .

أمَّا إذا أريد منه القاعدة العامة فيكون بينهما وبين ابن العربي اتفاق في العام من حيث شموله لكل عام لفظي ومعنوي ، واختلاف في الخاص من حيث كونه مصلحة مرسلة عند الأبياري ، وعلى أحد معنييه عند ابن رشد كما تقَدَّم ، ومن حيث شموله لكل دليل عند ابن العربي .

---

(١) حاشية الفناري علي التلويح ٣/ ٣ ، ٤ ، وتقدم في المعنى السادس من معاني الاستحسان المتفق عليه من هذا المبحث فانظره .

ثانياً :بين تعريفي ابن رشد والأبياري :

يكون بين تعريفهما اتفاق تام لو فسرنا المعنى المخصص به الوارد في عبارة ابن رشد بالمصلحة ، سواء في ذلك فسرنا القياس بمعناه المصطلح عليه أم لا . ويكون بينهما الخلاف لو فسرنا المعنى المخصص به في عبارة ابن رشد بما هو أعم من المصلحة المرسلة .

هذه تعاريف هؤلاء الأئمة ، وهي كما ترى شاهدة على ما قَدَّمْنَاه في تعريف الاستحسان ، إمَّا بتضمنها له ولغيره ، أو باقتصارها عليه ، كما تقَدَّم تأويله وتوضيحه .

هذا ، وهناك أصل آخر يطلقه بعض الأصوليين على ما يطلق عليه الاستحسان من أنواع ، فستتكلم فيما يلي عليه لنعلم ما وجه العلاقة بينهما .

وسنتكلم أولاً على قاعدة اعتبار المآل ، ثُمَّ نوازن بينها وبين الاستحسان لأنَّ الموازنة تستدعي فهم ما عقدت له الموازنة أولاً ؛ لأنَّ الحكم على الشيء فرع تصوره ، كما يقولون .

قاعدة اعتبار المآل :

من المقرر المعلوم شرعاً أنَّ أعمال المكلفين التي طلبها الله منهم لا يقصد منها إلا مصالحهم كانت تلك المصالح دنيوية أو أخروية ، فالتكاليف المأمور بها وسائل يتوصل بها إلى مقاصد هي مصالح العباد ، وإن شئت فقل : إنَّ المكلف به إمَّا طلب فعل ، أو طلب ترك ، وعاقبة الطلبين

ومآلهما إلى ما فيه صلاح العباد ، أي يئول المكلف به إلى حصول المصالح ودفع المفاسد ، فمن أجل ذلك تقرر عند العلماء الأصل المسمى باعتبار المآل ، ومعناه أنَّ الشَّارع إنَّمَا يطلب الفعل ليرتب عليه ثمرته ومصلحته وينهى عن الفعل ليترتب على ذلك دفع المفسدة ، حتَّى إذا كان الفعل المطلوب أو المنهي عنه يترتب عليه في بعض منه في بعض الأحيان مفسدة تناقض المصلحة المطلوبة منه ، ينقلب أمره ويكون المطلوب منهياً عنه والمنهي عنه مطلوباً .

وتوضيح ذلك : أنَّنَا قلنا : إنَّ الأمر بالفعل مقصود منه مصلحة المكلف، فإذا أدَّى الفعل المأمور به في بعض الأحيان إلى غير ما قصده منه الشَّارع بل إلى ضده ، وهو حصول مفسدة تساوي المصلحة المطلوبة منه ، أو تزيد عليها لانقلب الأمر به إلى نهي عنه ، وكذا الفعل المنهي عنه المقصود منه دفع المفسدة ، فإذا أدَّى إلى ضد ما قصد منه وهو جلب المفسدة لانقلب المنهي عنه مأموراً به .

مثال الأول : كُلُّ فعل يؤدِّي إلى إذلال الكفار وكسر شوكتهم فهو مطلوب لما فيه من مصلحة ، وهي إضعاف الكفار ، إلا أنَّ ذلك الفعل قد تلزم من التبس به مفسدة تزيد على تلك المصلحة أو تساويها فينهى عنه ، وذلك مثل سب الأوثان ، فإنَّ الله قد نهى عنه حيث قال : ﴿ **وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ** ﴾[1]، وذلك لما يترتب

(١) سورة الأنعام : الآية ١٠٨ ، قال ابن العربي : اتفق العلماء على أنَّ معنى الآية : ولا تسبوا آلهة الكفار فيسبوا إلهكم ، وكذلك هو . إحكام القرآن له جـ٢ ص ٧٣٤ .

على سبها من مفسدة وهي سب الله تعالى ، ولو ملىء ما بين السموات والأرض سباً في الأوثان لا يزن انحرافهم بكلمة واحدة في شأن الرب سبحانه [1] ، فانقلب الفعل الذي شأنه أن يؤمر به إلى منهي عنه .

ومثال الثاني : شرب الخمر مثلاً فهو منهي عنه لمصلحة المكلف ، وهي حفظ عقله ، فإذا أدَّى النهي عنه إلى ضياع مهجة المكلف لانقلب النهي عنه إلى أمر به .

ولما كان المجتهد منفذاً لشرع الله تعالى نائباً عنه في ذلك ، كان عليه قبل أن يحكم على فعل بالإذن فيه أو الحظر ، أن ينظر إلى نتيجة هذا الفعل حتَّى إذا رآها موافقة لمقصود الله تعالى منه أمر به ، وإذا رآها مخالفة لمقصود الله منه نهى عنه . ولا يبني حكمه بالإذن أو المنع على ما ثبت لهذا الفعل أولاً من إذن أو حظر ، لأنَّ الأفعال قد يطرأ عليها ما يجعل نتائجها مخالفة لما قصده الشَّارع منها [2] .

فالمجتهد بفعله هذا يكون مراعياً لما راعاه الشَّارع في أحكامه من جلب المصالح ودرء المفاسد ، وإليك نص الشَّاطبي في تبيين هذه القاعدة قال : « النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً ، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة ، وذلك أنَّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يئول إليه ذلك الفعل ،

---

(١) انظر : تقرير الشيخ دراز على الموافقات جـ٤ ص ١٩٧ .
(٢) انظر : الموافقات جـ٤ ص ١٩٤ ، ١٩٦ .

فقد يكون مشروعاً [1] لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة فيه تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه ، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك ، فإذا أطلق القول به في الأول بالمشروعية ، فربما أدَّى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية ، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدَّى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية بعد المشروعية ، وهو مجال للمجتهد صعب المورد ، إلا أنَّه عذب المذاق ، محمود الغب ، جار على مقاصد الشَّريعة [2] .

ورود معنى هذه القاعدة عند غير الشَّاطبي :

أقول : إنَّ قاعدة اعتبار المآل المتقَدِّمة لم أر من صرح بها لفظاً من الأصوليين غير الإمام أبي إسحاق الشَّاطبي ، وإن كان قد جاء في عباراتهم ما يفيد معناها ، فقد جاء عن الإمام أصبغ المالكي [3] قوله : « إنَّ المغرق في

(١) في الموافقات ما يئول اليه ذلك الفعل مشروعاً ، وزيادة فقد يكون مشروعا من تقرير دراز ، انظر جـ٤ ص١٩٤

(٢) الموافقات جـ٤ ،ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

(٣) هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع ، يكنى أبا عبد الله ، سكن الفسطاط ، صحب ابن القاسم وأشهب وابن وهب ، أصحاب مالك ، وسمع منهم وتفقه معهم ، كان فقيه البلد ، ماهراً في فقهه ، طويل اللسان ، حسن القياس نظاراً ، تفقه عليه ابن المواز وابن حبيب المالكيان ، قيل لأشهب : من لنا بعدك ؟ قال : أصبغ ، وقال ابن الماجشون : ما أخرجت مصر مثل أصبغ ، ولد بعد سنة (١٥٠هـ) ، وتوفي سنة(٢٢٥هـ) . الديباج ص ٩٧ .

القياس يكاد يفارق السنة »[1] ، فمعنى ذلك أنَّ اطراد الأدلة فيما تناولته من معان ، وتطبيقها واستمرارها في جميع معانيها من غير استثناء ، يكاد أن يكون فعلاً مخالفاً للسنة ، ذلك أنَّ العمل بالأدلة من غير نظر إلى ما قصده الشَّارع منها من مصالح يؤدِّي إلى مخالفة الشَّريعة نفسها ، كما تقَدَّم في مثال منع سب الأصنام وإباحة شرب الخمر ، وكما يأتي من تخصيص الأدلة حينما يكون في تطبيقها بحذافيرها حرج ومشقة عظيمة ، فيعدل عنها في بعض الأحوال إلى غيرها روماً لليسر والتوسعة .

كذلك يلوح هذا المعنى من مقالة ابن العربي التي تقَدَّمت غير ما مرة ، وهي : أنَّ القياس إذا اطرد والعموم إذا استمر فإنَّ أبا حنيفة ومالكاً يلجآن للتخصيص ، ولابد من باعث إلى التخصيص ، وهو فيما أعلم حصول الحرج والمشقة بسبب طرد القياس في جميع صوره ، واستمرار العموم في جميع أفراده ، ومعلوم أنَّ الحرج والمشقة ليسا من مقصود الشَّارع في شيء .

ولا يبعد أن يكون هذا الذي أفاده كلام أصبغ وابن العربي هو الغلو والمبالغة اللذان عناهما ابن رشد في تعريفه السابق للاستحسان ، فجعل السبب الداعي إلى التخصيص هو ما يؤدِّي إليه القياس من غلو ومبالغة في الحكم ، أي من خروج بالحكم عن المألوف شرعاً .

فهؤلاء الأئمة وغيرهم ممن تكلموا في الاستحسان وإن لم يصرحوا بقاعدة اعتبار المآل ، فقد قالوا بما يرادفها معنى ، وفرعوا الفروع والمسائل على مبدئها ، وذكرهم لهذه العبارات التي قلنا فيها : إنَّها مفيدة لمعنى

---

(٤) انظر : كلام أصبغ في الموافقات جـ٤ ص ٢١٠ ، والاعتصام جـ٢ ص ٣٢٠ .

اعتبار المآل كان تحت عنوان الاستحسان ، فهل يعني هذا أنَّ اعتبار المآل هو عين الاستحسان ، أو أعم منه ، أو الأعم هو الاستحسان ، لا يخرج الأمر عن هذا ، إذ لا سبيل إلى التباين طالما حصل إطلاق كل من العبارتين على مكان واحد ، إذ طالما وجدنا اتفاقاً في المعنى بين الاستحسان واعتبار المآل ، فإن لم يكن كلها فلا أقل أن يكون ذلك الاتفاق جزئياً ، فإذاً لا مجال إلى فرض تنافيهما وتباينهما ، وإذا كان الأمر كذلك فما نوع هذه العلاقة على وجه التحديد ؟ ذلك هو ما سنتحدث عنه فيما يلي :

موازنة بين الاستحسان واعتبار المآل :

الذي يفيده كلام الشَّاطبي أنَّ القاعدتين بمعنى واحد ، ذلك أنَّه ذكر للاستحسان أنواعاً ، ثُمَّ ذكر تلك الأنواع بعينها أنواعاً لاعتبار المآل .

وبيان ذلك في الاستحسان : ما ذكره الشَّاطبي في الاعتصام في شأن تضمين الصناع ، حيث قال : « فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين : إمَّا ترك الاستصناع بالكلية ، وذلك شاق على الخلق ، وإمَّا أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع فتضيع الأموال ، ويقل الاحتراز ، وتتطرق الخيانة »[1] .

فأشار كلامه هذا إلى أنَّ عدم التضمين ذريعة إلى ضياع الأموال ، وفشو الخيانة والاحتيال تحت ستار الثقة في الصناع ، فيفهم من هذا أنَّ هذا المثال من باب سد الذرائع .

---

(١) الاعتصام جـ٢ ص٢٩٢ ، ٢٩٣ .

كذلك نرى القرافي قد عبر عن هذا المثال تارة بأنَّ فيه سد الذرائع وتارة بأنه استحسان [1] .

كذلك نجد ابن رشد في البداية جعل مدرك الحكم في تضمين الصناع والأجراء ، سد الذرائع تارة والاستحسان تارة أخرى[2]، فهذا يدلنا على أنَّ الاستحسان وسد الذرائع يطلقان على شيء واحد ؛ لتواردهما على معنى واحد هو تضمين الصناع .

قد يقال : إنَّ ما أوردته من كلام الأئمة المتقَدِّم لا يدلُّ على المطلوب ، وهو كون سد الذرائع نوعاً من أنواع الاستحسان ، بل كما يجوز هذا يجوز أن يكون الاستحسان نوعاً منه ، أو هما متساويان .

فأقول : الدليل على كون الاستحسان أعم من سد الذرائع وأنَّ سد الذرائع نوع منه ، ما وجدناه في كلام الأصوليين من إطلاقهم لفظ الاستحسان على معان أخرى غير سد الذرائع ، فقد جاء في الاعتصام : « إنَّهم - أي الأصوليينَ - قالوا : إنَّ من جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء »[3]، كما جاء في هذا الكتاب أيضاً أنَّ من معاني الاستحسان ترك الدليل لرفع المشقة ، وإيثار التوسعة [4] .

فبناء على هذا الذي قَدَّمْنَاه عن الشَّاطبي في الاعتصام يكون معنى الاستحسان كلياً يتناول أنواعاً ، هي : سد الذرائع ، رفع الحرج ، مراعاة

(١) الفروق جـ٢ ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٣٢ .

(٣) الاعتصام جـ٢ ص ٣٢٩ .

(٤) المرجع السابق جـ٢ ص ٣٢٠ ، ٣٢١ .

الخلاف . وكل هذه الأنواع نجد فيها تخصيص الدليل بالمصلحة ، ولا معنى للاستحسان إلا هذا .

بيان ذلك في اعتبار المآل :

إنَّ جميع هذه الأنواع التي تقَدَّمت جعلها الشَّاطبي مندرجة تحت اعتبار المآل[1] ، وزاد عليها قاعدة الحيل غير أنَّه جعل الاستحسان نفسه جزئياً من جزئيات هذه القاعدة ، وينبغي أن يفهم أنَّ الاستحسان الذي جعله نوعاً من أنواع قاعدة اعتبار المآل غير الاستحسان المتقَدِّم الشامل لعدة أنواع ، بل هو يريد به نوعاً من تلك الأنواع المتقَدِّمة ، وهو أن يكون في الجري وراء العموم والقياس الكلي مشقة وعنت ، فيعدل عن ذلك للمصلحة المرسلة ، يؤخذ ذلك من تمثيله - أي الشَّاطبي - له قائلاً : « كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً إلا أنَّ ذلك الأمر يؤدِّي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى ، وجلب مفسدة كذلك ... فيكون إجراء القياس مطلقاً ... يؤدِّي إلى حرج ومشقة في بعض موارده فيستثنى موضع الحرج[2] ، كما يفهم أنَّ مراده به نوع خاص من ذكره لتلك الأنواع معه في هذه القاعدة - « قاعدة المآل » - على أنَّها جزئيات لها .

وبناء على ما تقَدَّم من اندراج تلك الأنواع تحت كل من الاستحسان واعتبار المآل يكون بينهما الترادف ، وحينئذ لا يكون هناك تناقض في كلامه ؛ لأنَّ الاستحسان ذا الجزئيات الذي ذكره في الاعتصام غير

---

(١) انظر : الموافقات جـ٤ص ١٩٨ ، ٢٠١، ٢٠٢ .

(٢) المرجع السابق جـ٤ ص ٢٠٥ .

الاستحسان الذي هو جزئي من جزئيات قاعدة اعتبار المآل ، غاية الأمر أنَّه أطلق الاستحسان في قاعدة اعتبار المآل على بعض الجزئيات ، ويظهر أنَّ ذلك لعدم اسم خاص لهذا النوع ، بخلاف غيره فإنَّه اختص باسم يخصه كسد الذرائع ومراعاة الخلاف .

نظرة في الاستحسان واعتبار المآل باعتبار حقيقتهما :

هذا الذي قَدَّمْنَاه من أنَّ بين الاستحسان واعتبار المآل ترادفاً بناء على أنَّ أفرادهما وما صدقاتهما متحدة في الخارج ، وبقي النظر فيهما باعتبار معناهما ، وهل ما ذكر لكل واحد منهما من معنى ينطبق على الآخر أو لا؟

الجواب عن هذا السؤال ، هو أنَّنَا إذا نظرنا إلى حقيقة كُلٍّ منهما نجدها دائرة على معنى واحد ، هو أنَّ في كُلٍّ منهما حجزاً ومنعاً للدليل من أن ينسحب على جميع ما يصدق عليه ، أمَّا كون الاستحسان كذلك فهو ما قَدَّمْنَاه في شرحه وتعريفه ، وأمَّا كون اعتبار المآل فيه هذا المعنى أيضاً فيفيده كلام الشَّاطبي حيث يقول : « فقد يكون الفعل مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه ، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه ، أو مصلحة تندفع به ، لكنه له مآل على خلاف ذلك ، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدَّى استجلاب المصلحة إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية ، وكذا إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ، ربما أدَّى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد ، فلا

يصح إطلاق القول بعدم المشروعية ، وهو مجال للمجتهد صعب المورد ، إلا أنَّه عذب المذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة [1] .

فأفاد هذا النص أنَّ الفعل أحياناً يكون صالحاً لعدة نتائج بعضها موافق لما من أجله شرع الفعل وبعضها مخالف له ، والفعل الذي أدَّى إلى ذلك هو نفس الفعل الذي طلب شرعاً ، والطلب سواء كان طلب فعل أو ترك شامل بحسب الظاهر للحالتين المؤدية إلى المقصود شرعاً من الفعل ، والمؤدية إلى غير المقصود منه شرعاً ، فإذاً في الفعل شمول وإطلاق ، يؤخذ ذلك من قوله : « فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية ... إلخ » ، وقوله : « وكذا إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ... إلخ ، فيأتي المجتهد ويحصر هذا الشمول والإطلاق على بعض الأحوال دون بعض ، فاستفيد من هذا التوضيح أنَّ في قاعدة المآل تخصيصاً لخطاب الشَّرع الطالب للفعل أمراً كان أو نهياً ببعض الأحوال ، وهذا هو معنى التخصيص .

فقد تلاقى إذاً ما اقتضاه كلام الشَّاطبي من ترادف بين هاتين القاعدتين مع واقعهما ومعناهما .

بيان ذلك بالمثال : وإذا نظرنا إلى أمثلة الاستحسان نجدها ينطبق عليها انطباقاً تاماً معنى اعتبار المآل ، فهناك مثلاً مسألة تضمين الأجراء ، فقد قام الدليل [2] على أنَّهم مؤتمنون ، لا فرق بين الخاص منهم

---

(١) الموافقات جـ٤ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

(٢) الدليل هو قياسهم على المودعين والشركاء والوكلاء ، انظر : بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص ٢١٩ ، والفروق للقرافي جـ٢ ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

والمشترك [1] فيجىء المجتهد ويخرج المشترك من مقتضى الدليل وهو كونه مؤتمناً فيضمنه ما ادَّعى ضياعه ، وإنَّمَا ضمنه وأخرجه من مقتضى الدليل لما في الجري على مقتضى الدليل من مفسدة ، وهي ضياع الأموال إذا علم الأجراء - وكذا الصناع - أنَّهم لا يضمنون ما ادعوا تلفه ، والنَّاس في حاجة إلى عملهم ، فلو مشى المجتهد على مقتضى الدليل القاضي بأمانتهم لم يضمنهم ، ولو نظر إلى ضياع أموال النَّاس ضمنهم ، فهنا مآلان تحت نظر المجتهد : عدم تضمينهم بناء على مقتضى الدليل القاضي بعدم التضمين ، وهو مصلحة للأجراء ، إلا أنَّ هذه المصلحة قد اقتضت مفسدة عظمى وهي ضياع أموال النَّاس ، فرجح جانب المفسدة وعمل بما يقتضي دفعها وهو تضمينهم .

ففي هذا مآلان متعارضان أحدهما مصلحة الأجراء ، والثاني مفسدة تلحق الأمة وهي ضياع الأموال ، فرجح جانب المفسدة ، وهذا عين اعتبار المآل .

***

---

(١) الخاص هو الذي يعمل في منزل المستأجر ، وقيل : هو الذي لم ينتصب للنَّاس ، وهذا الأخير هو مذهب مالك في الخاص . بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص ٢١٩ .

المبحث الثاني
في
أقسام الاستحسان

لهذا الاستحسان الذي اختلف فيه تقسيمان باعتبارين :

أحدهما : باعتبار العموم المخصص بالمصلحة .

وثانيهما : باعتبار الدليل المخصص لهذا العموم ، وهو المصلحة .

تقسيمه بالاعتبار الثاني :

ينقسم بهذ الاعتبار إلى : سد الذرائع ، ومنع الحيل ، ودفع الحرج ، ومراعاة الخلاف ، فهذه الأربع أقسام للاستحسان المصلحي .

ووجه تعدد الاستحسان إلى هذه الأربع : أنَّه أخذ عدة اعتبارات ، فباعتبار أنَّ تطبيق الدليل وتعميمه في جميع ما يدلُّ عليه ويدخل تحته يوقع النَّاس في الحرج والمشقة ، ومراعاة المصلحة تدفع هذا الحرج الذي اقتضاه تعميم الدليل ، يسمى الاستحسان : دفع الحرج والمشقة ، وعبر عنه بعض العلماء برفع المشقة وإيثار التوسعة [1] .

وباعتبار أنَّ العمل بمقتضى الدليل في بعض الأحيان يؤدِّي إلى مقارفة منهي عنه شرعاً ، فيمنع العمل بالدليل في هذا الجانب حذراً من الوقوع في المحظور ، يسمى نوع الاستحسان : سد الذرائع .

---

(١) هذا تعبير الشاطبي في الاعتصام جـ٢ ص ٣٢١ .

ثُمَّ في هذا القسم المتقَدِّم إن قصد المكلف من الفعل حصول المنهي عنه سمي نوع الاستحسان حينئذ : منع الحيل ، فهو نوع من سد الذرائع .

وباعتبار أنَّ المجتهد إنَّمَا يترك الدليل الراجح بعد وقوع الحادثة التي وافقت دليلاً آخر مرجوحاً مقابلاً لهذا الراجح ، وفي تنزيل الحادثة على الدليل الراجح حرج ومشقة يسمى نوع الاستحسان : مراعاة الخلاف ، لأنَّ حاصل مراعاة الخلاف هو ترك دليل راجح لدليل مرجوح بعد وقوع الحادثة التي لو حكم فيها بمقتضى الدليل الراجح لكان في هذا الحكم حيف ومشقة .

وفي هذا الأخير لا يتعين أن يكون الدليل المرجوح هو المصلحة ، بل قد يكون غيرها ، كما قد يكون الدليل هو المصلحة ، والذي يدخل معنا هنا هو ما إذا كان الدليل المرجوح المعمول به مصلحة مرسلة . ووجه التخصيص في هذا هو : كأن العمل بالدليل الراجح وعدم مخالفته واجب على المكلف سواء حصل منه الفعل المخالف له أو لم يحصل ، فحصر العمل به في غير حالة وقوع الحادثة مخرج من عموم الدليل .

وسيأتي الكلام على كل نوع من هذه الأنواع في فصل خاص إن شاء الله . والله أعلم .

تقسيم الاستحسان باعتبار العموم المخصص بالمصلحة :

ينقسم الاستحسان بهذا الاعتبار إلى تخصيص عموم لفظي ، وإلى تخصيص عموم معنوي .

ويشتمل هذا الموضوع على حقيقة كل قسم ، وتصوير التخصيص في كل قسم ، والتمثيل له ، ومذاهب العلماء في تخصيص العلة ، وخلافهم في ذلك ، ونوع الخلاف فيه هل هو حقيقي أو لفظي ؟ .

حقيقة العموم اللفظي :

هو الشمول الذي اقتضته الألفاظ بوضعها ، كشمول الألفاظ التي ذكرها الأصوليون وقالوا : إنَّها مفيدة للعموم .

حقيقة العموم المعنوي :

هو عموم العلة ، وذلك مثل أن يرد نص بحكم شرعي ، ولهذا الحكم علة منصوص عليها أو مستنبطة ، فكُلُّ مكان غير المكان الذي ورد فيه هذا النص وجدنا فيه هذه العلة عممنا فيه حكم النص بمقتضى تلك العلة ، فيكون هذا العموم مستفاداً عن طريق علة النص[1] ، فنخلص من هذا أنَّ هذا الاستحسان المختلف فيه له نوعان : أحدهما تخصيص العموم اللفظي ، والثاني تخصيص العموم المعنوي بالمصلحة المرسلة .

فالعموم اللفظي المخصص بالاستحسان يؤخذ من قول ابن العربي في

---

(١) انظر في كون العموم لفظياً ومعنوياً : مسلم الثبوت وشرحه جـ٢ ص ٢٧٨ ، وانظر : التوضيح على التنقيح والتلويح جـ٣ ص ١٣ .

تعريف الاستحسان بأنَّه : « إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته »[1] .

ثُمَّ قسم هذا الاستحسان بهذا المعنى إلى أربعة أقسام :

١- ترك الدليل للإجماع ، وقد تقَدَّم أنَّ هذا مما اتفق عليه .

٢- ترك الدليل للعرف ، وقد قَدَّمْنَا أنَّ الأئمة متفقون على ذلك .

٣- ترك الدليل للمصلحة .

٤- ترك الدليل في اليسير لتفاهته لرفع الحرج وإيثار التوسعة على الخلق[2] .

ففي هذين القسمين الأخيرين تخصيص العموم بالمصلحة المرسلة ، فهما بمعنى واحد ، إذ في النوع الرابع إنَّما ترك الدليل لأجل دفع المشقة ، ودفع المشقة هو عبارة عن دفع المفسدة ، ودفع المفسدة أحد شطري معنى المصلحة ، إذ في المصلحة جلب منفعة أو دفع مضرة .

وجه أخذ العموم اللفظي من كلام ابن العربي :

ووجه أخذ تخصيص العموم بالمصلحة المرسلة من كلام ابن العربي هذا ، هو أنَّه استفيد منه أنَّ هناك دليلاً عاماً يقتضي شمول جميع أفراده ، فاستثني بعض أفراده من هذا الشمول وأعطي حكماً آخر ؛ لدليل آخر عارض هذا العام ، وذلك المعارض هو المصلحة المرسلة ، والدليل العام

(١) انظر : التعريف في البحر المحيط جـ٣ ص ١٧١ ، والموافقات جـ٤ ص ٢٠٨ ، والاعتصام جـ٢ ص ٣٢٠ .

(٢) انظر هذه الأقسام في : الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨ ، والاعتصام جـ٢ ص٣٢٠، ٣٢١ .

الذي استثني منه بعض أفراده شامل للعموم اللفظي ، فتكون النتيجة أنَّ من بعض أنواع الاستحسان تخصيص العموم اللفظي بالمصلحة المرسلة ، وهذا هو الذي نريد إثباته .

ويؤيد هذا ما ذكره ابن العربي أيضاً في أحكام القرآن له في تعريف الاستحسان ، من أنَّه العمل بأقوى الدليلين ، ثُمَّ شفع ذلك بقوله : « فالعموم إذا استمر والقياس إذا اضطرد ، فإنَّ مالكاً وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى »[1] .

فقوله : « فالعموم إذا استمر » ، مراده به العموم اللفظي ؛ لذكره للعموم المعنوي بعده بقوله : « والقياس إذا اضطرد » ، فثبت أنَّ من العموم الذي يرد عليه التخصيص بالمصلحة المرسلة العموم اللفظي ، أمَّا ثبوت كون المخصص مصلحة مرسلة فيؤخذ من قوله : « إنَّ مالكاً وأبا حنيفة يريان التخصيص بالمصلحة » ، بل قد ذكر ابن العربي بعد كلامه المتقَدِّم مباشرة أنَّ مالكاً يخص بالمصلحة فقال : ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة ، أي يرى تخصيص العموم المتقَدِّم الشامل للفظي والمعنوي بالمصلحة المرسلة .

موازنة بين كلامي ابن العربي :

يفهم من كلامه الذي حكي عنه ، والذي ذكره في أحكام القرآن أنَّ الاستحسان له أنواع عدة ، وليس مقصوراً على الذي نحن بصدد الكلام عنه .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص ٧٤٥ ، ٧٤٦ .

كما يظهر منه أنَّ الكلامين متحدان في المعنى ، وإن اختلفا في أنَّ كلامه في أحكام القرآن فيه نوع تفصيل من حيث إنَّ فيه بيان أنَّ الدليل المخصص قد يكون لفظياً ، وقد يكون معنوياً ، لقوله : العموم إذا استمر والقياس إذا اضطرد ، كما يظهر من كلامه أنَّ ما ذكره من أقسام في أحد التعريفين ليس المراد منها حصر أنواع المخصصات التي يعدل إليها في الاستحسان ، بل المراد منها مجرد التمثيل بدليل قوله : فإنَّ مالكاً وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان ... إلخ ، وأي دليل شامل لهذه الأربعة التي ذكرها ولغيرها ، كما استفيد من كلامه في أحكام القرآن أنَّه لا خلاف بين أبي حنيفة ومالك في الاستحسان .

معنى تخصيص العموم اللفظي بالمصلحة :

إيضاح ذلك : أنَّ الدليل قد يكون عاماً بلفظه كسائر صيغ العموم المعروفة ، شاملاً لجميع أفراده منسحباً عليها حكمه ، فيأتي المجتهد ويخرج بعض الأفراد من حكم هذا العموم لما في بقائها تحت حكمه من العسر والمشقة أو عدم التوسعة على الخلق ، فيترك مقتضى العام في بعض الأفراد روماً للسهولة واليسر ، ويعتقد أنَّ عموم العام وشموله لهذه الأفراد المخرجة غير مراد ، ثُمَّ يحكم في هذه الأفراد المخرجة بالمصلحة المرسلة .

وسنده في حكمه هذا هو : أنَّ الشَّريعة جاءت لرفع الحرج والمشقة، وهذه من مميزاتها فلا يعقل أن يأتي دليل يحمل بين جنبيه حكماً فيه عنت ومشقة ، وما جاء من الأدلة مما ظاهره ذلك فينبغي تخصيصه وحمله على بعض الأفراد والصور التي لا يترتب على الحكم فيها بمقتضى العام عنت ومشقة .

على أنَّ ما ذهب إليه المجتهد من الاستناد على المصلحة في تلك الأفراد المستثناة ، إنَّما هو استناد إلى دليل قوي شهدت له الشَّريعة بكلياتها وجزئياتها ، وليس حكماً بالهوى واختيار النفوس المجرد من الحجة والبرهان .

التمثيل لهذا النوع :

وقد مثلوا لهذا النوع بمسألة الحلال يصيد صيداً خارج الحرم فهل يجوز له التصرف فيه داخل الحرم بذبحه وأكله وسائر أنواع التصرف أو لا ؟

اختلف العلماء في هذه المسألة ، فأجاز بعضهم تصرف الحلال - وهو الذي لم يحرم بحج ولا عمرة وليس داخل الحرم - في الصيد الذي صاده من الحل ، وبعضهم منع ذلك .

حجة كل فريق فيما ذهب إليه :

احتَجَّ المانعون بقوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ** ﴾(١) ، ووجه المنع في الآية : أنَّ الله تعالى منع قتل الصيد لكُلِّ حرام : رجل أو امرأة، ذلك لأنَّ حرم في الآية جمع حرام ، وهو لغة يطلق على :

١ - مَنْ دخل في الأشهر الحرم : رجب والقعدة والحجة والمحرم .

٢- أو دخل في الحرم .

٣- أو تلبس بالإحرام .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

أمَّا منع الحرام بالمعنى الأول من قتل الصيد ، فقد قام الإجماع على عدم إرادته من الآية وإن شمله لفظها [1] ، فلم يبق إلا المعنيان الأخيران ، والمتصرف في الصيد في الحرم داخل فيهما ، إذ هو وإن كان حلالاً من حيث كونه غير محرم إلا أنَّه حرام من حيث كونه داخلاً في الحرم ، فدخل في معنى الآية ، وهو نهي الحرام من قتل الصيد ، فيكون ممنوعاً من قتل الصيد وهو المطلوب .

حجة المجيزين :

حجة من أجاز ذلك : المصلحة المرسلة ، وهي دفع المشقة عن المقيم في الحرم الذي لم يتلبس بإحرام ؛ لأنَّ في منعه من تناول الصيد مشقة وإرهاقاً له ، ذلك لأنَّ مقامه في الحرم يطول ، وفي العمل بالمصلحة هنا تخصيص لعموم الآية المتناول لكُلِّ حرام ، سواءً كان متلبساً بالإحرام أو داخلاً في الحرم .

فمن رأى جواز تصرف الحلال في الصيد خص الآية بالحرام بمعنى المتلبس بالإحرام مطلقاً في الحرم أو غيره ، وبغير المتلبس بالإحرام إذا كان قتله للصيد في الحرم ، وكذا الحلال الذي صاد الصيد خارج الحرم ، وتصرف فيه في الحرم وهو حلال إذا لم يكن مقيماً بمكة بل كان آفاقياً . أمَّا من كان حلالاً واصطاد الصيد خارج الحرم ودخل به الحرم فهو غير داخل في المنع ، فيجوز له الذبح والأكل وسائر أنواع التصرف .

---

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي في تفسير هذه الآية وأحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص ٦٦٠ .

يقول ابن العربي في ذلك : « المسألة الثامنة : فإن صاده الحلال في الحل فأدخله في الحرم جاز له التصرف فيه بكل نوع من ذبحه وأكل لحمه ، قال أبو حنيفة : لا يجوز ... » . ثُمَّ قال : « قال علماؤنا : لأنَّ المقام في الحرم يدوم ، والإحرام ينقطع ، فلو حرمنا عليه ذلك في الحرم لأدَّى إلى مشقة عظيمة فسقط التكليف عنه فيه لذلك . . وهذا من باب تخصيص العموم بالمصالح ، وقد مهدناه في أصول الفقه ، والمصلحة من أقوى أنواع القياس »[١] .

فأفاد كلام ابن العربي أنَّ دليل الجواز هو المشقة التي تلحق الحلال في الحرب بسبب طول المقام فيه بعكس الحرام المتلبس بالإحرام ، أو الآفاقي الحلال في الحرم ، فلا تلحقهما المشقة لانقطاع الإحرام وعدم استمراره ، فلم يجز التصرف في الصيد لهما .

وما ذكره ابن العربي هو مذهب مالك[٢] ، يشير إلى ذلك قوله : « قال علماؤنا : لأنَّ المقام في الحرم ... إلخ ، فالخلاصة أنَّ ظاهر الآية عام في

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص ٦٨٣ .

(٢) قال خليل في مختصره عاطفاً على ما يجوز من الصيد : « وذبحه بحرم ما صيد بحل »، قال شارحه الدردير : « وجاز ذبحه أي الحلال بحرم، أي فيه ما أي صيداً صيد بحل أي فيه ودخل به الحرم ، ويجوز أكله ولو لمحرم ، وهذا في حق ساكني الحرم .

وأمَّا الآفاقي الداخل في الحرم يصيد معه من الحل فلا يجوز له ذبحه ، ولو أقام بمكة إقامة تقطع حكم السفر ، ويجب عليه إرساله بمجرد دخول الحرم . شرح الدردير على مختصر خليل بهامش حاشية الدسوقي جـ٢ ص ٧٠ المطبعة الأميرية .

وقال الدسوقي في شأن المحرم : وأمَّا المحرم فلا يجوز له ذبح الصيد مطلقاً لا في الحل ولا في الحرم . حاشية الدسوقي جـ٢ ص٧٠ المطبعة الأميرية .

المنع من قتل الصيد للحرام بمعنى المتلبس بالإحرام مطلقاً ، كان بالحل أو بالحرم ، كان اصطياده له من الحل أو من الحرم ، كان مقيماً بمكة أو آفاقياً .

وكذلك عام في منع القتل والتصرف للحرام بمعنى الداخل في الحرام، سواءً كان مقيماً أو آفاقياً ، صاده من الحل أو من الحرم ، واستثني من هذا الأخير الحلال الذي صاد الصيد من الحل ، وتصرف فيه في الحرم إذا كان من أهل الإقامة بمكة ، وبقي ما عداه على المنع ، وهو الحلال الذي صاده من الحل وتصرف فيه في الحرم إذا كان ليس من المقيمين بمكة ، وكذا الحلال إذا كان اصطياده له من الحرم مقيماً أو آفاقياً . والله أعلم .

القسم الثاني من أقسام الاستحسان : تخصيص العموم المعنوي :

ويشتمل هذا القسم على الكلام على معنى تخصيص العلة ، وتخصيص عموم العلة بالمصلحة ، وكلام الأصوليين في ذلك ، والتمثيل لهذا النوع ، ثُمَّ الكلام على مذاهب العلماء في تخصيص العلة .

تخصيص العلة :

هو قصر تأثير علة القياس على بعض الموارد والفروع دون بعض ، بدليل يقتضي ذلك القصر . وهو المعبر عنه عند الأصوليين بالنقض ، وهو وجود علة القياس في صورة من الصور ، ويتخلف عنها معلولها وهو الحكم .

والتخصيص بهذا المعنى شامل لكل تخصيص كان المخصص فيه المصلحة أم غيرها الأدلة ، والذي نريده هنا تخصيص المصلحة خاصة .

تخصيص العموم بالمصلحة المرسلة :

هو عبارة عن منع العمل بمقتضى العلة في بعض الصور لدليل المصلحة .

كلام الأصوليين في ذلك :

لقد تكلم الأصوليون عن هذا النوع تارة بكلام يشمله هو وغيره ، وتارة بكلام يخصُّه :

فمن الأول : ما ذكره ابن العربي حيث قال : « إنَّ العموم إذا استمر والقياس إذا اضطرد ، فإنَّ مالكاً وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى » [1] ، فدخل في قوله : أي دليل كان : المصلحة ، فهي إذا مخصصة للقياس المطَّرد المتَقَدِّم ذكره ، ثُمَّ قال : « ويرى مالك تخصيص القياس ونقض العلة » [2] . فهنا صَرَّح بجواز تخصيص القياس ولم يذكر الدليل المخصص ؛ اتكالاً على ما ذكره سابقاً عن مالك وأبي حنيفة من أنَّهما يخصصان العموم المستمر والقياس المطَّرد بأي دليل كان ، فيدخل في ذلك التخصيص بالمصلحة .

وقال أبو الخطاب الحنبلي : « ومعنى الاستحسان أنَّ بعض الأمارات تكون أقوى من القياس فيعدل إليها من غير أن يفسد القياس ، وهذا راجع إلى تخصيص العلة » [3] . والأمارات هي عبارة عن الأدلة الظنية ، فتقوى

---

(١) أحكام القرآن جـ٢ ص٧٤٥ .

(٢) المرجع السابق جـ٢ ص٧٤٦ .

(٣) المسودة لآل تيمية ص ٤٥٣ .

أحياناً على القياس فتخصه ببعض فروعه ، والأمارات الظنية تدخل فيها المصلحة المرسلة ؛ لأنَّ دلالتها على الأحكام ظنية ، لذا وجد فيها الاختلاف بين العلماء .

ومن الثاني : أي وهو الكلام في تخصيص المصلحة خاصة للقياس ما قاله الأبياري : « الذي يظهر من مذهب مالك القول بالاستحسان ، وحاصله استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي ، فهو يقَدِّم الاستدلال المرسل على القياس »[1] .

فالاستحسان - كما ترى حسبما ذكره الأبياري - خاص بتخصيص القياس بالمصلحة ، ولم يذكر فيه تخصيص العموم بالمصلحة ، كما لم يذكر غير ذلك من أنواع الاستحسان . ويقرب منه قول ابن رشد : « إنَّه طرح لقياس يؤدِّي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه ، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع »[2] . وإن كان في هذا شمول من حيث عمومه لكل دليل جاء مخصصاً للقياس مصلحة أو غيرها ، ومحل شاهدنا فيه دخول تخصيص القياس بالمصلحة .

مثال هذا القسم :

مثال تخصيص العلة أو تخصيص القياس أو النقض : مسألة من اشترى سلعة على الخيار ثُمَّ مات قبل أن يختار ، انتقل الخيار لورثته ، فإن

---

(١) البحر المحيط جـ٣ ص ١٧١ ، الاعتصام للشاطبي جـ٢ ص ٣٢١ .
(٢) الاعتصام جـ٢ ص ٣٢١ .

اتفقوا على اختيارها أو ردها فالأمر واضح ، وهو جواز أخذ السلعة أو ردها .

وإنَّمَا محل الشاهد فيما إذا اختار بعض الورثة إمضاء البيع واختار بعضهم الرد فما الحكم حينئذ ؟ أهو إلزام الراد بالإمضاء ، أو إلزام الممضي بالرد ، أو للممضي أخذ حصته في الخيار فقط ، ويدع نصيب غيره للبائع ، أو له أخذ نصيب الراد ؟ لا يخلو الحال من واحد من هذه الاحتمالات .

حكم المورث في هذه المسألة :

وقبل أن نعين واحداً من هذه الأحكام الواردة في هذه الاحتمالات نبين حكم مورثهم ما هو ؟ فنقول : إن حكم المورث إذا اختار بعض السلعة هو رد جميع السلعة بسبب اختيار البعض ، وليس له أخذ بعض ذلك ورد البعض الآخر .

فإذاً مقتضى قياس الورثة على مورثهم أن يكون الحكم رد جميع السلعة عند رد البعض كما هو الحال في مورثهم ... إلا أنَّ هذا القياس خص بغير هذه الصورة، وهي صورة رد البعض وإجازة البعض من الورثة . فحكم فيها بجواز أخذ المجيز جميع السلعة عند رد البعض من الورثة لها على خلاف القياس في مورثهم مع قيام السبب المانع من إجازة الجميع ، وهو اختيار بعض السلعة من الورثة ورد بعضها من بقية الورثة .

وهذا مقتضى الاستحسان الذي هو تخصيص العلة المسمى نقضاً عند الأصوليين ، إذ قد وجدت العلة الموجبة لرد الجميع وهو رد البعض ،

وتخلَّف عنها الحكم وهو رد جميع السلعة ، وحكم لهذه الصورة بحكم آخر على خلاف مقتضى القياس في نظائرها ، وهو إجازة جميع السلعة عند رد بعضها .

فأصل هذا القياس : المورث ، وفرعه الوارث ، والجامع بينهما هو اختيار البعض أو رد البعض ، وحكم الأصل رد الجميع بسبب رد بعض السلعة ، فكذا حكم الفرع رد الجميع عند رد بعض السلعة .

يقول الأبياري ممثلاً لهذا النوع في شرحه لبرهان إمام الحرمين : « قال أشهب : إذا اشترى رجل سلعة بخيار ثُمَّ مات وله ورثة فاختلفوا ، فقال بعضهم : نرد ، وقال بعضهم : نختار الإمضاء ، فالقياس الفسخ » ، ثُمَّ قال : « وإنَّمَا قلنا : القياس الفسخ عند رد بعضهم ؛ لأنَّ الذي ورثوا عنه الخيار لم يكن له رد بعض السلعة وقبول بعضها ، بل إنَّ رد البعض تعين عليه رد الجميع ، وهم في ذلك بمنزلة مورثهم ، فمقتضى القياس عند رد بعضهم أن يفسخ البيع في الجميع »[1] .

ثُمَّ نقل البناني كـــلام المدونة في هذا ، وهو : « فليس لهم إلا أن يأخذوا جميعاً أو يردوا جميعاً ، وهذا هو النظر ، ثُمَّ قالت : وأستحسن لمن أجاز منهم أن يأخذ مصاب من لم يجز »[2] ، وقول المدونة : « وهذا هو النظر » ، يعني أنَّ هذا هو الذي يأتي على مقتضى قياس مورثهم ، وعبر بالنظر وهوالاجتهاد عن نوع منه وهو القياس .

---

(١) انظر : كلام الأبياري في حاشية البناني على شرح عبد الباقي على خليل جـ٥ ص ١٢٠ .

(٢) حاشية البناني المتقدمة جـ٥ ص ١٢٠ .

هذا تصوير المسألة حسبما أراه ، وقد رأيت في شراح مختصر خليل في الفقه المالكي ما يخالف هذا ، وذلك أنَّهم جعلوا أركان القياس عبارة عن المورث والوارث ، وعدم التبعيض ، والضرر الحاصل بالشركة ، فجعلوا الحكم عدم التبعيض ، والعلة الضرر الحاصل بالشركة ، أمَّا عدم التبعيض فمعناه لزوم رد الجميع عند رد البعض ، فهو قريب مما ذكرناه ، وأمَّا جعلهم ضرر الشركة الحاصل بالتبعيض علة فهو غير ظاهر ، وذلك لأنَّ الصورة التي خصص فيها القياس وحكم فيها بالاستحسان لا يوجد فيها ضرر الشركة الذي هو علة ، ومن علامة التخصيص للقياس أو تخصيص العلة ، أن توجد العلة ويتخلف الحكم ، فهنا - أي في مسألة الاستحسان التي هي عبارة عن إجازة بيع السلعة عند رد بعض الورثة لبعضها - لم توجد العلة التي هي ضرر الشركة مع هذا الحكم الذي هو إجازة الجميع أو عدم التبعيض ، فلا تكون المسألة على تصويرهم من باب تخصيص القياس لعدم العلة في مسألة الاستحسان التي جاءت على خلاف القياس .

وعلى ما صورناه من أنَّ العلة هي عبارة عن اختيار بعض السلعة فيمكن تصوير المسألة ، فيكون الحكم في المسألة تخلف مع وجود العلة ، إذ الورثة قد اختار بعضهم ورد بعضهم ، فهنا حصلت العلة وهي اختيار البعض ، ولم يحصل الحكم أو تخلف الحكم وهو رد الجميع عن علته وهي رد البعض كما في القياس ، وثبت حكم مخالف له وهو إجازة الجميع ، فعلى هذا لا إشكال في تصوير المسألة بناء على قاعدة تخصيص القياس .

هذا وإليك نص بعض الشراح في تصوير المسألة وفي ذكر أركان القياس :

يقول الخرشي عند قول خليل المالكي في المتن : « والقياس رد الجميع إن رد بعضهم ، والاستحسان أخذ المجيز الجميع » ، يقول الخرشي شارحاً لذلك : « أي والقياس عند أشهب رد الجميع إن رد بعضهم ، فيكلف مريد الامضاء الرد مع مريده لأنَّ نصيب الراد عاد لملك البائع ، ولا يلزمه بيعه إلا ممن أحب ، والاستحسان عنده أخذ المجيز الجميع ، أي يمكن من أراد الإجازة من أخذ نصيب الراد ، ويدفع جميع الثمن للبائع لترتفع العلة التي شكاها من التبعيض » ، ثُمَّ قال : « فالأصل المورث ، والفرع الوارث ، والحكم عدم التبعيض ، والعلة الضرر الحاصل به »[1] .

فحاصل الكلام في هذا أنَّ على تصويرنا لها تأتي على قاعدة تخصيص القياس ، والفرق بين التصويرين هو أنَّ العلة - حسبما ذكروا - ضرر الشركة ، أي العلة التي أوجبت رد جميع السلعة في القياس ، هي ضرر الشركة ، وعلى الذي قلناه العلة هي اختيار البعض ، وإذا نظرنا لمسألة الاستحسان نجد فيها اختيار البعض مع تخلف حكم القياس وهو رد الجميع ، ولا نجد ضرر الشركة فيها .

ولَعَلَّ في قول خليل ما يشير إلى ما ذكرناه من أنَّ علة رد جميع السلعة هو اختيار البعض فقد قال : « والقياس رد الجميع أي القياس يقتضي رد الجميع » ، ثُمَّ أشار إلى العلة بقوله : « إن رد بعضهم » ، فمعنى كلامه إن

---

(١) الخرشي على خليل جـ٥ ص ١١٩ .

رد بعضهم حصل رد جميع السلعة ، فيجعل رد البعض سبباً في رد الجميع وعلة له . نعم إنَّ ضرر الشركة ناشيء عن التبعيض ومسبب عنه إلا أنَّه لما لم نجده في صورة النقض لم نر جعله علة لمخالفة ذلك لقاعدة تخصيص القياس . والله أعلم بالصَّواب .

ما هي المصلحة التي عدل إليها وترك مقتضى القياس :

والمصلحة التي عدل إليها هنا وجعلت دليلاً على صحة هذا الحكم وهو إجازة الجميع مع رد البعض هي : مصلحة الوارث المتمثلة في ملكيته للسلعة ، وعدم فواتها عنه ، وكذلك هناك مصلحة للبائع وهي ارتفاع ضرر الشركة عنه بسبب أخذ الوارث المجيز للبيع مناب غيره مع حصته في السلعة ، يقول الخرشي في هذا : « والاستحسان تقديم مراعاة المصلحة على أنَّ في أخذ المجيز مصلحة بدفع الثمن جميعه للبائع[1] مع استلزام ذلك عدم التبعيض الحاصل به الضرر »[2] .

ففي الاستحسان مصلحة البائع برجوع ثمن السلعة المبيعة على الخيار له ، ومصلحة عدم التبعيض العائدة إلى كليهما ، وهناك مصلحة المشتري وهي وقوع السلعة جميعها في يده[3] .

---

(١) هكذا صوب العدوي العبارة في حاشيته على الخرشي بجعل البائع بدل المشتري الذي عبر به الشارح الخرشي . حاشية العدوي جـ٥ ص ١١٩ .
(٢) الخرشي على خليل جـ٥ ص ١١٩ .
(٣) انظر في هذه المسألة : الشرح الكبير للدردير ، وحاشية الدسوقي عليه جـ٣ ص٨٨ ، وعبد الباقي على خليل جـ٥ ص١٢٠ ، وحاشية البناني عليه جـ٥ ص١٢٠ .

العلاقة بين قسمي الاستحسان ، وبين تخصيص العلة ، وتخصيص العموم المعنوي بالمصلحة :

بالنظر بين نوعي الاستحسان المَتَقَدِّمين : وهما تخصيص العموم اللفظي والعموم المعنوي ، لا نجد بينهما علاقة إلا في أنَّ كُلاً منهما فيه تخصيص لدليل بالمصلحة المرسلة ، أمَّا العلاقة بين تخصيص القياس بالمصلحة وبين تخصيص العلة فهي العموم والخصوص المطلق ، وذلك أنَّهما يجتمعان في صورة خالف حكمها حكم قياس أخواتها ، وكان دليل حكمها الذي خالفت به نظائرها المصلحة ، فيقال لهذه الحالة : إنَّها تخصيص القياس بالمصلحة وتخصيص العلة ، وينفرد التخصيص بالعلة فيما إذا خصص القياس بالحديث مثلاً ، كما في مسألة السلم التي يقتضي قياسها على نظائرها منعها ، فحكم فيها بالجواز تخصيصاً لعلة المنع بدليل السنة الذي تقَدَّم ذكره وهو قول الراوي عنه ﷺ : « ورخص في السلم » ، كما تقَدَّم ذلك في فصل الاستحسان المتفق عليه .

هذا هو الاستحسان بمعنى التخصيص بالمصلحة المرسلة موضحاً ببيان حقيقته بالتعريف والتمثيل والعلاقة بين أنواعه بعضها البعض ، فإذا علم هذا فلم يبق إلا أن نذكر خلاف العلماء في أصل تخصيص العلة وهو الموضوع الآتي :

مذاهب العلماء في تخصيص العلة :

لقد قَدَّمْنَا أنَّ معنى تخصيص العلة هو : ترك العمل بالقياس في بعض الصور مع قيام مقتضى العمل به في ذلك البعض ، وهو العلة لدليل آخر

منع من الجري على مقتضى القياس ، وإن شئت فقل : هو وجود العلة في صورة مع تخلف الحكم[1] .

فإذاً الاستحسان في صورة تخصيص العلة هو العمل بالمعارض للقياس ، فمن قال بتخصيص العلة عمل بالقياس فيما عدا صورة النقض ، وعمل بالدليل المعارض في هذه الصورة .

ومن منع التخصيص يرد عملهم هذا بأن ما ادعوا فيه تخصيصاً للعلة ليس الأمر فيه كما زعموا ، بل إنَّ عدم الحكم فيه إنَّما كان لعدم سببه وهو العلة ، هذا وجه ، وهناك وجه آخر للمنع وهو أن يقول : إن تخلف الحكم في هذه الصورة عن علته لا نسلمه بل هو موجود[2] .

مثال الوجه الأول : أنَّ خروج النجاسة علة لانتقاض الوضوء ، فمقتضى هذا القياس أنَّ أي خارج نجس من بدن الإنسان يكون ناقضاً ، ولكن هذا الحكم تخلف في صورة ، وهي ما إذا جرح الإنسان جرحاً لم يسل منه الدم ، فقد وجدت العلة وهو خروج الدم الذي لم يصل إلى درجة أن يسيل ، وتخلف الحكم وهو النقض في هذا ، إذ إنَّ مَنْ جرح جرحاً مثل هذا لا ينقض وضوؤه باتفاق .

فمَنْ قال بتخصيص العلة يقول : إنَّ القياس يعمل به فيما عدا هذه الصورة ، أمَّا هذه الصورة فليست داخلة في القياس ، فالحكم فيها مخالف لحكم القياس .

---

(١) التنقيح لصدر الشريعة وشرحه جـ٣ ص ١٢ .

(٢) انظر : تنقيح القرافي مع الشرح ص ١٧٤ ، والمنهاج مع شرح الإسنوي جـ٣ ص ٨٠ .

ومَنْ منع التخصيص يقول : إنَّ تخلف الحكم هنا إنَّمَا حصل لعدم وجود سببه وهو الخروج ، الذي جعل علة ذلك أنَّ الخروج اسم للانتقال من مكان باطن إلى مكان ظاهر ، ولم يوجد ذلك عند عدم السيلان [1] .

مثال الوجه الثاني وهومنع عدم الحكم : أن يقول الشَّافعي الأرز ربوي لأنَّه مطعوم كالبر ، فينقضه المالكي والحنفي بالتفاح ، فإنَّه مطعوم مع أنَّه غير ربوي ، فقد وجدت العلة وهي الطعم وتخلف الحكم وهو كونه ربوياً ، فيمنع الشَّافعي تخلف الحكم في صورة التفاح ويقول هو ربوي عندي .

وإليك أدلة كل فريق فيما ذهب إليه من القول بالتخصيص وعدمه[2] :

أدلة المانعين :

قالوا أولاً : إنَّ الوصف لو كان علة لثبت الحكم معه في جميع صوره عملاً بهذا الوصف ، وحيث لم يثبت الحكم معه في جميع صوره لم يكن علة لأنَّ من لازم العلة وجود المعلول معها ، وحيث انتفى المعلول انتفت العلة [3] .

وأجيب بأنَّ المعلول يوجد مع العلة بشرط انتفاء المانع بوجود الشرط ، وهنا وجد المانع وهو الدليل المخصص للقياس فانتفى الحكم لذلك ، وما ذكرتموه من عدم تخلف المعلول عن علته إنَّما يكون عند وجود الشروط وانتفاء الموانع ، وما هنا ليس كذلك [4] .

---

(١) انظر : شرح تنقيح صدر الشريعة وحاشية التلويح عليه جـ٣ ص ١٠ .
(٢) البدخشي في صلب شرح الإسنوي جـ٣ ص ٨٢ .
(٣) انظر : شرح تنقيح الفصول ص ١٧٤ .
(٤) انظر الجواب هذا في : مسلم الثبوت وشرحه جـ٢ ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ .

قالوا ثانياً : لو جاز التخلف والتخصيص لزم تصويب كل مجتهد حيث يدعي كل واحد عند انتقاض علته أنَّ التخلف لمانع ، والقول بالتصويب لكل المجتهدين قول باطل مردود باتفاق أهل السنة .

وأجيب عن هذا بمنع التلازم بين جواز التخلف وتصويب كل مجتهد، لأنَّه إنَّمَا يسلم إذا قبل منه دعوى التخلف للمانع مجرداً عن البيان ، ونحن لا نقبله إلا مع البيان للمانع ، فإذا بينه قبل ذلك منه وصح تعليله ، وإلا رد وقبلت دعوى الإبطال[1] .

أدلة المجوزين :

استدلوا أولاً : بأنَّ تخصيص العلة كتخصيص العام بجامع أنَّ في كل منهما جمعاً بين الدليلين ، وتخصيص العام جائز باتفاق ، فكذا تخصيص العلة [2].

وبيان ذلك أنَّ تخصيص العام لا يقدح في كونه حجة فكذا النقض في علية الوصف ، ذلك لأنَّ نسبة العام إلى الأفراد كنسبة العلة إلى الموارد ، والتخصيص بالمخصص المعارض للعام كالنقض للمانع المعارض للعلة ، فكما أنَّ التخصيص بمخصص لا يمنع حجية العام في غير صورة التخصيص ، فكذا النقض لمانع لا ينافي موجبه العلة للحكم في غير صورة المانع [3].

---

(١) ينظر : المسلم وشرحه جـ٢ ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، وتعليل الأحكام لشلبي ص١٨٣ ، ١٨٥ .

(٢) انظر : المنهاج مع شرح الإسنوي والبدخشي جـ٣ ص ٧٧ وما بعدها .

(٣) البدخشي جـ٣ ص ٧٧ .

واستدلوا ثانياً : بأنَّ ظن علية الوصف باق إذا كان التخلف لمانع لإسناد العقل تخلف الحكم إلى المانع لا إلى عدم كون الوصف مقتضياً ، بخلاف ما إذا كان التخلف لغير مانع فإنَّ العقل يسند هذا التخلف لعدم المقتضي وهو العلة ، وما معنا التخلف فيه لمانع ، فيكون ظن العلية باقياً ، وإذا بقي ظن العلية لم يكن النقض قادحاً(١) .

وبعد ، فهذه أدلة المانعين وأدلة المجوزين ، وقد نوقش ما استدلَّ به المانع بما يمنع دلالته على مطلوبه ، وسلم ما استدلَّ به المجوزون من الاعتراض فيكون هو الراجح .

وهذا الراجح هو مذهب أئمة الحنفية الثلاثة : أبي حنيفة وصاحبيه ، ومالك ، وأحمد بن حنبل(٢) ، وهو مختار البيضاوي(٣) ، وقال القرافي : إنَّه المشهور(٤) .

خلاصة الكلام في تخصيص العلة

هذا الذي قَدَّمْنَاه طرف من الخلاف في هذه المسألة بقدر ما يتعلق به مبحثنا ، وإلا فالخلاف في هذه المسألة كثير والمذاهب متعددة ، وهذا ما اخترناه فيها من مذاهب .

---

(١) الإسنوي جـ٣ ص ٧٩ والبدخشي جـ٣ ص ٧٧ .

(٢) انظر : التحرير وشرحه التقرير جـ٣ ص ١٧٢ ، ١٧٧ ، والمسلم وشرحه جـ٢ ص ٢٧٨ .

(٣) المنهاج مع شرح الإسنوي جـ٣ ص ٧٧ .

(٤) شرح تنقيح القرافي ص ١٧٤ .

وخلاصة الأمر في هذه المسألة : أنَّ المانع للتخصيص يرى أنَّ حقيقة التخصيص أو النقض حسبما يتصورها لو وجدت لأبطلت القياس . وأنَّ المجيز يرى أنَّ حقيقة التخصيص والنقض لو وجدت حسبما يتصورها أيضاً لم تبطل القياس .

ولو رجعنا إلى معيار ما يكون سبباً في نقض القياس وتخصيصه عند الفريقين لوجدناه مختلفاً ، فالمجيز يرى الناقض هو وجود العلة منفردة مجردة في صورة من الصور ، ويتخلف الحكم عنها ، ولا يزيد في سبب النقض على هذا ، والمانع للتخصيص يرى أنَّ الناقض للقياس والمبطل له عبارة عن العلة ، وما لا بد منه لها وهو وجود الشرط وانتفاء المانع ، وبعبارة أخرى سبب النقض هو تخلف العلة بتمامها مع تخلف الحكم عنها .

فإذا حكم الأول على قياس بكونه مخصصاً أو منقوضاً ، فمعناه أنَّ هذا القياس تخلف فيه الحكم عن العلة ، ولا ينظر لغير ذلك لأنَّه ليس شرطاً عنده في النقض .

وإذا حكم الثاني على أنَّ هذا القياس مخصصاً أو منقوضاً ، فمعناه تخلف فيه الحكم عن العلة بتمامها ، فإذا وجدت العلة فقط دون مايكملها من وجود الشرط وانتفاء المانع ، لم يقل في هذه الحالة بالنقض لعدم وجود حقيقة النقض وهو تخلف الحكم مع وجود العلة تامة ، وما هنا لم توجد العلة تامة فيه ، فعدم وجود الحكم لعدم وجود العلة الكاملة .

النزاع لفظي

وبناء على ما قَدَّمْنَاه يئول الخلاف بين العلماء في هذه المسألة إلى اللفظ دون المعنى ، ذلك أنَّ جميع الأقيسة التي قال فيها المجيزون بأنَّها مخصصة بسبب تخلف الحكم فيها عن العلة في بعض الصور ، قال بمقتضاها المانعون ، ولم يبطلوا عملها في غير صورة النزاع ، بل جعلوا حكمها - أي الأقيسة - ماضياً ولم يعطلوه ، كما أنَّ الصورة التي خالفت القياس لم يحكموا فيها بمقتضى القياس ، بل حكموا فيها بدليل آخر متفق عليه بينهما ، فإذا اتفقوا على أنَّ صورة النقض الحكم فيها إنَّمَا هو بدليل آخر غير القياس ، وما عداها محكوم فيه بالقياس ، ولم يبق النزاع بينهما إلا في سبب النقض ، أهو وجود العلة مع الحكم مجردة عن شرطها ومانعها أم العلة معهما ؟

وهذا النزاع لم يؤثر في النتيجة ، وهي أنَّ القياس في هذه الصورة المستثناة لا أثر له وإنَّما الأثر فيها لدليل آخر . فالقياس لا أثر له عند المجيزين لوجود ما يمنع حكمه ، وهو الدليل المعارض ، وعند المانعين لعدم الموجب للتأثير ، وهو العلة المستكملة لشروطها وانتفاء موانعها .

قال في فواتح الرحموت : فالأشبه أنَّ النزاع لفظي ، فمن أجاز التخلف أجاز التخلف عن المؤثر غير المستوفي لشروط التأثير ، ومن منع منع عن المؤثر التام .

قال صاحب الكشف : الخلاف في مسألة تخصيص العلة راجع إلى

العبارة ، لأنَّ العلة في غير موضع التخلف صحيحة عند الفريقين ، وفي موضع التخلف الحكم معدوم ، إلا أنَّ العدم عند المانع مضاف إلى عدم العلة وعند المجوز إلى المانع [1] .

وقال في التحرير وشرحه : قلنا : فرجع الخلاف في تخصيص العلة خلافاً لفظياً مبنياً على تفسيرها : أهي الباعث على الحكم أم هي جملة مايتوقف عليه الحكم ؟ فإن فسرت بالباعث على الحكم ، فليس عدم المانع ووجود الشرط من الباعث في شيء ، فجازالنقض ، وإن فسرت بالمستلزم فوجوده وجود الحكم ، فحينئذ لم يجز النقض [2] .

وبناء على هذا فإنَّ المجيز لا يقول بتخصيص العلة عند وجودها بتمامها ، مستوفية لشروطها ، منتفية موانعها ، فاتفقت كلمة الفريقين في هذا [3] .

كما أنَّ المانع من التخصيص والنقض لا يقول بفساد العلة إذا كان تخلف الحكم عنها لمانع أو فقد شرط ، فاتفق مع المجوز في أنَّ العلة ليست فاسدة حينئذ ، وإنَّمَا عدم تأثيرها لشيء آخر هو فقد الشرط أو عدم انتفاء المانع [4] .

---

(١) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ٢ ص ٢٧٩ .
(٢) جـ٣ ص ١٧٦ .
(٣) انظر : تعليل الأحكام ص ١٧٤ ، ١٨٤ .
(٤) المرجع السابق ص ١٨٣ .

وإذا تقرر أنَّ الخلاف لفظي فتخصيص العلة - بمعنى تخلف الحكم عنها في صورة من الصور لوجود مانع - قائل به الشَّافعية كما قال به غيرهم ، ولذا يقول الجصاص : ولست واجداً أحداً من الفقهاء إلا وهو يقول بتخصيص العلة في المعنى وإن أباه في اللفظ [1] .

ويقول صاحب تعليل الأحكام ولو أنَّ هؤلاء الفقهاء والأصوليين تجردوا عن تعصبهم لمذاهبهم ونظروا للواقع في الشريعة وآراء الأئمة ؛ لاعترفوا جميعاً بأنَّ تخصيص العلة لا شيء فيه ، وأنَّ النزاع فيه مضيعة للوقت فيما لا يجدي ، لأنَّ المذاهب مشحونة بذلك فالحنفية والمالكية والحنابلة قائلون بالاستحسان ، وهو تخصيص للعلل ، وحكم العلة غير ثابت في محل الاستحسان ، والإمام الشَّافعي وإن أنكر الاستحسان لفظاً فقد قال بمعناه في عدة مسائل ، وقال بتخصيص العلل في أخرى [2] .

النتيجة

ليس غرضنا من التعرض لمسألة تخصيص العلة في هذا المبحث أن يستقصى القول فيها ؛ لأنَّ هذا ليس من غرضنا ، وإنَّما الذي لا بد منه هنا هو عرض صورة لمعنى تخصيص العلة ومذاهب العلماء فيها لننتقل من ذلك إلى نوع واحد من هذه المسألة ، هو تخصيص علة القياس بالمصلحة المرسلة .

وحيث ظهر لنا مما تقَدَّم أنَّ النزاع لفظي في هذا المبحث ، وأنَّ

---

(١) تعليل الأحكام ص ١٧٨ .

(٢) المرجع السابق ص ١٧٨ .

التخصيص بالمعنى الذي يقول به المجوزون ، يقول به أيضاً المانعون ، واستشهدنا على ذلك بكلام الأئمة ممن تقَدَّم ذكرهم ، بعد هذا كله نرجع إلى أنَّ التخصيص بالمصلحة المرسلة قائل به العلماء أهل المذاهب ، أمَّا غير الشَّافعية فلأنَّ مذاهبهم ترى التخصيص بالمعنى المتَقَدِّم ، كما تقَدَّمت حكاية ذلك عنهم ، وأمَّا الشَّافعية فقد ثبت أنَّ التخصيص الذي يقول به غيرهم يقولون به أيضاً ، وإن كان اختلاف النظر بينهم وبين غيرهم في تسمية مثل هذا تخصيصاً ، فغيرهم يراه تخصيصاً وهم لا يسمونه تخصيصاً ، فثبت بهذا قولهم بمبدأ التخصيص .

أمَّا قولهم به في تخصيص المصالح للقياس فقد جاء منقولاً عن أئمتهم التصريح بهذا النوع ، بل قد جاء ما يفيد أنَّهم يسمونه تخصيصاً ، فقد قالوا عنه : إنَّه معارضة ، والقول بالتخصيص فرع القول بالمعارضة ، إذ التخصيص لا يوجد إلا حيث تبدو معارضة ، ومن ذلك ما قاله الزركشي الشَّافعي في بحره : « تنبيه : حيث اعتبرت المصالح عندنا بالمعنى السابق فذاك حيث لم يعارضها قياس ، فإن عارضها خرج للشَّافعي - رحمه الله تعالى - فيه قولان من القولين ، فيما إذا وقع في الماء القليل ما لا نفس له سائلة ، ولهذا قال الشيخ في التنبيه : ينجسه في أحد القولين ، وهو القياس ، ولم ينجسه في الآخر وهو الأصلح للنَّاس »[1] .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ ص ٢٤١ ، هكذا في النسخة المخطوطة فيما إذا وقع ، ولعل الصواب ما إذا وقع .

فهنا مصلحة عارضت القياس وخص بها ، لأنَّ قياس ميتة ما لا نفس له سائلة أن ينجس بها الماء كغيرها من النجاسات ، وقد حكم فيها إذا وقعت في ماء دون القلتين بالطهارة ، مع مخالفة القياس لما في ذلك من صلاح النَّاس [1].

***

(١) قال في التنبيه : وإن وقع في ماء دون القلتين نجاسة لا يدركها الطرف لم تنجسه، وقيل : تنجسه، وقيل : فيه قولان . وإن كانت مما يدركها الطرف فإن كانت ميتة لا نفس لها سائلة لم تنجسه في أحد القولين ، وهو الأصلح للنَّاس ، وتنجسه في الآخر وهو القياس . انظر : التنبيه ص ٣ .

المبحث الثالث

في المقارنة بين المصلحة والاستحسان

لقد تقَدَّم للاستحسان معنى عام هو تخصيص دليل بدليل ، كان الدليل مصلحة أم لا ، ومعنى خاص وهو تخصيص دليل من الأدلة بالمصلحة المرسلة .

فإذاً المقارنة بين المصلحة والاستحسان تختلف بالنسبة لمعنى الاستحسان من حيث كونه مصلحياً فقط أو شاملاً للمصلحي وغير المصلحي ، وأعني بالمصلحي ما كان المخصص فيه مصلحة مرسلة ، فإن أريد من الاستحسان المعنى العام الشامل للمصلحة وغيرها من سائر الأدلة، كانت العلاقة بينهما - أي الاستحسان والمصلحة المرسلة - العموم والخصوص الوجهي ، فيجتمعان في مصلحة خصص بها دليل من الأدلة، فيقال لها : استحسان باعتبار أنَّها وقعت مخصصة لغيرها ، ومصلحة باعتبار أنَّها لم يدل عليها دليل معين ، ويفترقان في تخصيص دليل بغير المصلحة كالقياس مثلاً ، وفي مصلحة لم تقع في مجال التعارض ، فيخص الأول باسم الاستحسان فقط ، ولا يقال له : مصلحة مرسلة ، ويخص الثاني باسم المصلحة ولا يطلق عليه اسم الاستحسان .

وإن أريد من الاستحسان : المعنى المصلحي ، كان بينه وبين المصلحة عموم وخصوص مطلق ، يجتمعان في مصلحةمخصصة لدليل وتفترق

المصلحة في مصلحة لم تقع مخصصة لدليل وإنَّمَا أتت دالة على حكم لم يظهر دخوله تحت دليل آخر .

ولم أر بينهما من علاقة ومقارنة غير هذه ، وهذا الذي قَدَّمْنَاه بين الاستحسان والمصلحة يفيده قول القرافي : الاستحسان أخص ، لأنَّنَا نشترط فيه أن يكون له معارض مرجوح ... إلخ[1]، وقول الشَّاطبي : إنَّهم صوروا الاستحسان بصورة الاستثناء[2] .

وسيأتي مزيد بيان لهذا الموضوع عند الكلام على مذاهب العلماء في الاستحسان .

وقد ذكر بعض المعاصرين في الكلام على العلاقة بين المصلحة والاستحسان المصلحي ما يخالف ما قَدَّمْنَاه ، وإليك ما قال :

العلاقة بين الاستحسان والمصلحة عند صاحب النظرية :

يقول الدكتور حسين حامد في كتابه « نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي » ، تحت عنوان « علاقة الاستحسان بالمصلحة » : « قلنا : إنَّ المصلحة المرسلة هي المصلحة التي لم يشهد لها نص معين بالاعتبار ولا بالإلغاء ، وإنَّما شهدت النصوص لجنسها . وإذا كان الاستحسان هو العمل بمصلحة في مقابلة عموم أو قياس ، فإنَّه يكون كل استحسان فيه عمل بمصلحة مرسلة . ويفترق عن المصلحة بأنَّه عمل بهذه المصلحة في

(١) نفائس الأصول للقرافي ، مخطوط ، ص ٢٠٢ ، جـ٣ .
(٢) الاعتصام جـ٢ ص ٣٢٤ .

مقابلة عموم أو قياس، في حين أنَّه في المصلحة لا نجد هناك عموماً أو قياساً نعتبر المصلحة استثناء منه . ويمثل المالكية بأمثلة واحدة للمصالح المرسلة والاستحسان ، كما في مثال تضمين الصناع »[1] .

ثُمَّ قال : « وأمَّا من أدخل في الاستحسان العمل بالإجماع والعرف ، وقاعدة رفع الحرج ، فإنَّ الاستحسان يكون أعم من المصلحة المرسلة ، إذ تكون المصلحة المرسلة نوعاً منه » [2] .

وقبل أن نناقش العبارة نورد الآتي :

١ - كلام الدكتور أولاً كان في المصلحة المرسلة والاستحسان المصلحي لا مطلق استحسان .

٢ - كلامه ثانياً كان بين المصلحة المرسلة ومطلق استحسان مصلحياً أو غيره .

٣ - لم يتقَدَّم في كلامه ما يفيد أنَّ المصلحة المرسلة هي التي لم تعارض دليلاً .

المناقشـــة :

وقوله : « ويفترق - أي الاستحسان - عن المصلحة ... » إلخ ، صريح في أنَّ هناك صورة من صور الاستحسان يخالف فيها المصلحة المرسلة ،

---

(١) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي ص ٢٦٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٦٨ .

وصور ذلك بأنَّ الاستحسان عمل بمصلحة في مقابلة عموم ، وهذا لا يصح من وجوه :

أحدها : أنَّه قد قال قبل ذلك : إنَّ كل استحسان عمل بمصلحة مرسلة ، وطبعاً قصده الاستحسان المصلحي ، فأفاد بهذا أنَّ الاستحسان في جميع صوره لا يخرج عن كونه مصلحة مرسلة أبداً ، فقوله : « ثانياً ويفترق ... » إلخ تناقض ؛ لأنَّه يصير كلامه : الاستحسان لا يخرج عن كونه مصلحة مرسلة ، الاستحسان يخرج عن المصلحة المرسلة أحياناً .

ثانيها : بأنَّ قوله وهو يصور حالة الافتراق : إنَّ الاستحسان عمل بهذه المصلحة يبطل التفرقة ، لأنَّ الاستحسان حتَّى في صورة الفرق عمل بالمصلحة المرسلة ، فمن أين يكون الفرق ؟ .

ثالثها : أنَّ الصورة التي جعلها للفرق هي نفس الصورة التي فيها الاجتماع بينهما ؛ لأنَّ المصلحةاسم لكل دليل لم يرد اعتباره و لا إلغاؤه كما قال ، سواء ظهرت معارضته لغيره أم لا ، ونصيب الاستحسان من هذا هو المصلحة التي ظهرت معارضتها للأدلة ، ففي حالة المعارضة تلتقي المصلحة والاستحسان ، فيقال في هذه الحالة : مصلحة مرسلة ، ويقال : الاستحسان ، فكيف تكون صورة الالتقاء صورة للافتراق ؟ .

وخلاصة القول : أنَّ صنيع الدكتور يفيد أنَّ الاستحسان يفارق المصلحة ولكن لم نعلم منه موقف المصلحة من الاستحسان ، هل أيضاً تفارقه ؟ .

فإن رأى مفارقتها له يكون بينهما عموم وخصوص وجهي كالإنسان والأبيض يجتمعان في زيد الأبيض ويفترقان في الجير ، وفي عمر الأسمر .

وإن أراد أنَّ المفارقة من الاستحسان فقط ، أمَّا المصلحة فمعه في جميع إطلاقاته ، فيكون بينهما عموم وخصوص مطلق ، كالحيوان والإنسان ، يجتمعان في زيد ، وينفرد الحيوان في الفرس ، فيكون الاستحسان أعم ، وهو ما صورنا به كلامه ، إلا أنَّ هذا الكلام يرده الواقع، وذلك أنَّ المصلحة كما هي معلومة شاملة للمصلحة التي في مقام المعارضة والتي ليست في مقامها ، أمَّا الاستحسان فهومنحصر فيما إذا كانت في مقام المعارضة ، يدلُّ على ذلك قول الدكتور نفسه فيما نقله عن الشَّاطبي من أنَّهم صوروا الاستحسان بصورة الاستثناء ، فإذا هو محصور في هذا الجانب فحسب ، بخلاف المصلحة فإنَّها تطلق على هذا وعلى غيره، كما قَدَّمْنَا الإشارة إليه كثيراً .

أمَّا قوله أخيراً : وأمَّا من أدخل في الاستحسان العمل بالإجماع والعرف وقاعدة رفع الحرج ، فإنَّ الاستحسان يكون أعم لأنَّ المصلحة نوع منه فغير مسلم ؛ لأنَّ المصلحة إن كانت نوعاً للاستحسان بالمعنى العلمي الشَّامل لها ولغيرها ، تكون العلاقة بينهما وبين الاستحسان العموم والخصوص المطلق ، كما قَدَّمْنَا في الحيوان والإنسان يجتمعان في مكان وينفرد أحدهما فقط بمكان آخر .

والواقع أنَّ العلاقة بين الاستحسان الشَّامل لجميع الأدلة وبين المصلحة ليست كذلك ، إذ الاستحسان لا يكون إلا في مقام التخصيص ، والمصلحة قد تأتي في غير مقام التخصيص ، وذلك بأن تدل على حكم لم يظهر دخوله تحت غيرها من الأدلة .

فإذاً المصلحة تكون في مكان لا يكون فيه الاستحسان ، فلا يكون الاستحسان أعم منها مطلقاً بل أعم منها من وجه ، فتكون العلاقة بينهما العموم والخصوص الوجهي ، يجتمعان في تخصيص بمصلحة ويفترق الاستحسان في تخصيص بقياس مثلاً ، والمصلحة في مكان لا تخصيص فيه كما قَدَّمْنَا .

فإذاً هذه العلاقة التي عقدت بين المصلحة من وجه ، والاستحسان بمعنييه : العام والخاص من وجه آخر لم تسلم ، والذي نراه صحيحاً في هذا المقام ، هوما قَدَّمْنَاه سابقاً ، ويؤيده قول كل من القرافي والشَّاطبي . والله أعلم .

***

المبحث الرابع
مذاهب العلماء في الاستحسان وأدلتهم

يشتمل هذا المبحث على مذاهب العلماء في الاستحسان ، وأدلة كل فريق على ما ذهب إليه ، ومذاهب العلماء حيال هذا الأصل أخذاً ورداً ثلاثة :

١ -الأخذ بالاستحسان مطلقاً - أعني أكانت المصلحة ضرورية أو حاجية أو تحسينية ، ونسب لمالك وأصحابه .

٢ - التفصيل بين مصلحة ومصلحة ، فما كان من المصالح ضرورياً أو ضرورياً وحاجياً جاز التخصيص به ، وهذا مذهب الغزالي ، وجعله بعض العلماء مذهباً للشَّافعي ، والمعلوم المشهور عن الشَّافعية عدم ذكرهم هذا التفصيل في مذهب الشَّافعي في المصلحة ، بل يطلقون القول عنه ، فيكون بناء على هذا داخلاً في المذهب الأول .

عرض نصوص القائلين به بإطلاق :

لقد قال بهذا المذهب المالكية فقد جاء عن القرافي في شرح المحصول وهو يردعلى الإمام الرَّازي في حصره المصلحة على الضروري فقط ، جاء عنه أنَّه يقول بالمصلحة في جميع الأنواع الثلاثة ، واستدلَّ على ذلك بوقائع عن الصحابة ، وإليك كلامه راداً على الرازي :

قال الإمام في المحصول : « لا نحكم بالمصلحة المرسلة في محل الحاجة والتتمة لأنَّه إماتة شرع بالرأي »[1] .

(١) نفائس الأصول جـ٣ ص ٢٠٠ .

قال القرافي مناقشاً هذه العبارة : « قلنا : عليه سؤالان : أحدهما المنع ، بل ما ثبت ذلك إلا باجتهاد صحيح ... » إلخ ، ثُمَّ ذكر وقائع للصحابة حكموا فيها بمقتضى المصلحة في جميع صورها ، مثل : جمع القرآن وهو ضروري ، ومثل قضاء عمر - رضي الله عنه - بأنَّ من اتجر من أهل الذمة بالزيت والطعام إلى المدينة يخفف عنه توسعة على أهل المدينة في الطعام وترغيباً لأهل الذمة في حمله ، فهذا حاجي .

ومنها : أنَّ عمر كان يفرض لعماله نصف شاة ويأكل خبز الشعير ، وهذا تحسيني .

ثُمَّ عقب على ذلك بقوله : « وهذا يفيد القطع باعتبار المصالح المرسلة مطلقاً كانت في مواطن الضرورات أو الحاجات أو التتمات »(١) .

قد يقال هذا في المصلحة المرسلة ، وهي مالم يدل دليل عليها من جهة الاعتبار ولا من جهة الإلغاء ، وليس كلامنا فيها بل في الاستحسان ، قلنا : إنَّ الأمر كذلك وإنَّ حديثنا في الاستحسان إلا أنَّ ما نحن بصدده تصدق عليه هذه الحقيقة أيضاً كما تصدق على غيره ، وهو ما لم يظهر فيه المعارضة من المصالح ، ذلك لأنَّ المصلحة المرسلة ذات نوعين : أحدها : ما جاء في مقام المعارضة ، وثانيها : ما لم يكن كذلك .

والقرافي حينما يستدل على المصلحة إنَّمَا يستدل عليها برمتها وحقيقتها الشاملة لنوعيها ، ويؤيد كون كلامه شاملاً للمصلحة المرسلة المخصصة قول الفخر : « إنَّ في الحكم بما عدا الضروري إماتة شرع » ، إذ

---

(١) نفائس الأصول جـ٣ ص ٢٠٠ .

يظهر من هذا أنَّ هناك دليلاً ادعى الخصم إماتته بالحكم بالمصلحة الحاجية والتحسينية .

وأصرح من كلام القرافي قول ابن العربي عند الكلام على الاستحسان : « ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة »[1] ، فهو مطلق شامل للتخصيص بكل مصلحة ضرورية أو حاجية أو تحسينية ، ويؤيده قوله في تفسير قوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ الآية[2] ، أنَّ مالكاً خص هذه الآية الموجبة للرضاع على الأمهات بما عدا الشريفة ، ومعلوم أنَّ المصلحة المترتبة على إعفاء الشَّريفة من الرضاع : مصلحة تحسينية ترجع إلى التحسين والتزيين .

كذلك أنَّ جميع من نسب لمالك القول بالمصلحة أثبتها له على عمومها باستثناء الشَّاطبي ، وأظن هذا المذهب - وهو تخصيص العمل بالمصلحة في مذهب مالك بما عدا التحسيني - متأثراً فيه بكلام الغزالي ، لأنَّه عمدته في سائر مؤلفاته ، كما يعلم ذلك من طالع كتب الرجلين ، وقد تبع الشَّاطبي في هذا بعض من متأخري المالكية من المغاربة ، ولا يبعد أن يكونوا سائرين على نهجه .

كذلك نجد في المذهب المالكي كثيراً من هذه التخصيصات ، ولا سند لها إلا المصلحة المرسلة ، وسيأتي في مبحث التطبيق كثير من هذا النوع .

---

(١) أحكام القرآن جـ٢ ص ٧٤٦ .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ .

موقف بقية المذاهب من هذا المذهب :

هذا مذهب مالك حسبما ذكره كل من القرافي وابن العربي ، وهما ممن يعتمد عليه في نقل المذهب .

أمَّا بقية المذاهب فلم أر من فصل في أخذهم بالمصلحة المرسلة من كونهم يأخذون بالبعض ويتركون البعض كما هو مذهب الغزالي ، أو فصل بين المصلحة المخصصة ، أو المصلحة التي لم يعارضها شيء في أنَّ الأولى يعمل بها في بعض الأنواع كالضرورية مثلاً ، أو الحاجية أو هما ، والثانية يعمل بها من غير تفصيل ، ولم أجد شيئاً من ذلك اللهم إلا ما ذكره بعضهم من تخريج مذهب الشَّافعي على ما رآه الغزالي في المصلحة من قصرها على بعض الأنواع [1]، غاية الأمر أنَّ إمام الحرمين وهو قيم مذهب الشَّافعي كما يقول القرافي لم يفصل عند نسبته القول بالمصالح للشَّافعي بين نوع منها دون نوع ، أعني من حيث تنويعها إلى ضرورية وحاجية وتحسينية ، وإن كان فصل في مذهب الشَّافعي من جهة أخرى هي جهة كونها قريبة من معاني الأصول ، أو بعيدة منها ، وجعل مذهب الشَّافعي هو القول بالأولى فقط دون الثانية [2].

وكذا نجد ابن دقيق العيد في مقالته المشهورة : « نعم إنَّ الذي لا شَكَّ فيه أنَّ لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع ، ويليه أحمد بن حنبل ، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة ، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال » [3].

(١) انظر : البحر المحيط جـ٣ ص٢٤١ ، وسيأتي النص في المذهب الثاني .
(٢) انظر : البرهان ص ٢٦١ ، ٢٦٢ .
(٣) البحر المحيط جـ٣ص٢٤٠ .

فقد نسب قلة العمل بالمصلحة لغير مالك وابن حنبل ، ويظهر منه أنَّ غيرهما يقلل الأخذ بهذا المبدأ الشامل للأنواع الثلاثة : الضرورية والحاجية والتحسينية ، وإن كان كلامه محتملاً لأن تكون القلة جاءت من حيث الاقتصار على بعض الأنواع دون بعض ، كما يحتمل أنَّ القلة هي اقتصارهم على العمل أحياناً ببعض من هذا البعض ، كل ذلك جائز ، إلا أنَّ إطلاقه وعدم تقييده عملهم القليل هذا بنوع مخصوص ، يجعلنا نفهم أنَّ القلة إنَّما هي في أصل الأخذ بالمصلحة الشَّامل للأنواع ، أي يأخذ بها بجميع أنواعها لكن مع قلة .

ومثل هذا الإطلاق الذي سار عليه كل من ابن دقيق العيد وإمام الحرمين حيال مذهب الشَّافعي صنيع الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول ، فقد نسب القول بها للشَّافعي من غير حصر في بعض الأنواع دون بعض [1]، وكذا الحال في بقية المذاهب ، وهما : الحنفي والحنبلي لم نجد هذا التفصيل والاقتصار على بعض الأنواع [2]، إلا أنَّ هناك شيئاً قد ثبت عنهم وشاهدناه ، هو أنَّ الفروع التي استحسنوا فيها بالمصلحة أقل مراتبها كون المصلحة المخصص بها هي كونها غير تحسينية ، ولا يمكننا القطع بأنَّهم يهدرون التخصيص بها إذا كانت تحسينية ، لأنَّ عدم عثورنا على شيء من ذلك لا يستلزم عدم وجوده ، لجواز أن يكونوا ممن يرون التخصيص بهذا النوع إلا أننا لم نطلع عليه ، والله أعلم بحقيقة الحال .

---

(١) تخريج الفروع على الأصول ص١٦٩ ، ١٧٠ .

(٢) انظر في مذهب الحنفية : التحرير وشرحه ، فقد قال : إنَّ ملائم المرسل مقبول عند الحنفية من غير أن يفصل في ذلك . جـ٣ ص١٥١ ، ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٦ .

وبناء على هذا الذي رأيناه في فقههم سنجعل مذاهبهم ، وهو أنَّهم يأخذون بالمصلحة غير التحسينية ، وهي الضرورية ، والحاجية في حالة التخصيص بها .

مذهب المفصلين في العمل بالاستحسان :

هذا المقام يشتمل على مذاهب من يفصلون في الأخذ بالاستحسان ، وسنتكلم فيه على مذهب الغزالي ثُمَّ الشَّافعي ، ثُمَّ الحنابلة ، ونختم بمذهب الحنفية .

مذهب الغزالي :

هذا المذهب هو مذهب الغزالي كما تقَدَّم في كُلٍّ من كتابيه : شفاء الغليل والمستصفى ، وهو الأخذ بالمصلحة المرسلة إذا كانت ضرورية فقط كما في المستصفى ، أو ضرورية وحاجية كما في الشفاء ، وقد رأينا كما تقَدَّم أنَّ غالب ما أورده من أمثلة ، هي أمثلة للمصلحة المخصصة ، وقد اخترنا فيما تَقَدَّم أن يكون للغزالي مذهب في كل كتاب من كتابيه المتَقَدِّمين ، وقد أزلنا شبهة من حاول جعلهما مذهباً واحداً بواضح الأدلة وساطع البراهين ولسنا في حاجة بعد ما أفردنا كل مذهب من مذاهبه ببحث مستقل إلى إعادة ذلك .

وإنَّما يكفي هنا الإشارة إلى أنَّ الغزالي ممن يقولون بالاستحسان الذي هو أحد نوعي المصلحة .

مذهب الشَّافعي :

وقد نسب بعض العلماء مذهب الغزالي في المستصفى إلى الشَّافعي احتمالاً قطعاً ، فقد قال في البحر المحيط بعد كلامه على مذهب الغزالي في المستصفى ، وأنَّه مختار البيضاوي وهو القول بالمصلحة الضرورية فقط : « وقد يقال : إنَّ هذا التفصيل يئول إلى ما نقل عن الشَّافعي ، ولهذا قال إمام الحرمين : « إنَّه -أي الشَّافعي- لا يستجيز الثنائي والإفراط في البعد وإنما يسوغ تعليق الأحكام بمصالح يراها شبيهة بالمصالح المعتبرة وفاقاً»[1] .

ولنا ملاحظة على ما رآه الزركشي من اتحاد مذهب الغزالي مع مذهب الشَّافعي ، ذلك أنَّه إن أخذ ما ذهب إليه من اتفاق بين المذهبين من قول إمام الحرمين : إنَّ الشَّافعي يشترط القرب فلا خصوصية لهذا بمرتبة الضروري ، بل القرب قد يكون في غير هذه المرتبة من الحاجي والتحسيني ، على أنَّ المصالح المعتبرة وفاقاً التي جعلت أصلاً يقاس به غيره ، ليست مقصورة على الضرورية بل الحاجي والتحسيني منه ما هو معتبر اتفاقاً ، وإن كان له مأخذ آخر فلم يبينه لنا هنا حتَّى نسند هذا الاتحاد إليه ، على أنَّ الغزالي نفسه قد أورد للشَّافعي فروعاً مخرجة على المصلحة المرسلة وهي ليست ضرورية ، مثل مسألة المفقود زوجها إذا طالت مدته يجوز لها الزواج بعد أربع سنين من انقطاع خبره ، وهو مذهبه في القديم وخالفه في الجديد ، قال الغزالي : « وليس هذا - أي قوله في الجديد من الشَّافعي - امتناعاً عن المصالح وإنَّما هو رأي رآه في عين هذه المسألة »[2] .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ ص٢٤١ .

(٢) شفاء الغليل ص٢٦١ ، وانظر في هذه المسألة : المستصفى جـ١ ص٣٠٧، ٣٠٨ .

وغير ذلك مما سيأتي في التطبيق من أخذه بالمصالح الحاجية . فقد تبين بهذا وبما سيأتي في الدراسة التطبيقية أنَّه لا أساس إلى جعل مذهب الشَّافعي الاقتصار في التخصيص بالمصالح على الضروري منها فقط .

ولو قيل : إنَّ مذهب الشَّافعي هو : الاقتصار في المصلحة على الضروري والحاجي فقط لكان لذلك وجه ؛ لأنَّ الواقع في فتاوى الشَّافعية يؤيد هذا ، وإن كنَّا لا نجزم بأنَّ هذا هو المتعين كما قَدَّمْنَا ، لأنَّ عدم عثورنا على تخصيص للمصلحة بغير هذين النوعين لا يدل على عدم وجود ذلك . وبناءً على ما وجدناه من فروع في المذهب الشَّافعي مخصصة بالمصالح الضرورية والحاجية نقول : إنَّ مذهبه هو هكذا .

ومن هذه الفروع قوله : بقتل الجماعة بالواحد فإنَّ في هذا عدولاً عن المماثلة المدلول عليها بقوله تعالى : ﴿ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾[1] .

فخصص الآية بمصلحة ضرورية وهي مصلحة حفظ النفس . يقول الزنجاني في ذلك في مبحث المصالح المرسلة : وقتل الجماعة بالواحد من هذا القبيل عند الشَّافعي - رضي الله عنه - ، لأنَّه عدوان وحيف في صورته من حيث إنَّ الله تعالى قيد الجزاء بالمثل ، فقال : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾[2] ، ثُمَّ عدل أهل الإجماع عن الأصل المتفق عليه لحكمة كلية ومصلحة معقولة ، وذلك أنَّ المماثلة لو روعيت ههنا لأفضى الأمر إلى سفك الدماء المفضي إلى الفناء ، إذ الغالب وقوع القتل

---

(١) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٢) سورة النحل : الآية ١٢٦ .

بصفة الشركة فإنَّ الواحد يقاوم الواحد غالباً ، فعند ذلك يصير الحيف في هذا القتل عدلاً عند ملاحظة العدل المتوقع منه ، والعدل فيه جور عند النظر إلى الجور المتوقع منه ، فقلنا بوجوب القتل دفعاً لأعظم الظلمين بأيسرهما »[1] .

وقال ابن العربي : قال أحمد : لا تقتل الجماعة بالواحد ، لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ، قلنا : هذا عموم تخصه حكمته ، فإنَّ الله سبحانه إنَّما قتل من قتل صيانة للأنفس عن القتل ، فلو علم الأعداء أنَّهم بالاجتماع يسقط القصاص عنهم لقتلوا عدوهم في جماعتهم ، فحكمنا بإيجاب القصاص ردعاً للأعداء ، وحسماً لهذا الداء ، ولا كلام لهم على هذا »[2] .

فاستفيد من قول الزنجاني وابن العربي أنَّ في هذا تخصيصاً بالمصلحة ، كما فهم منهما أنَّ نوع هذه المصلحة هو سد ذريعة قتل النفس بالاجتماع ، يؤخذ هذا من قول الزنجاني : « لأفضى إلى سفك الدماء » ، ومن قول ابن العربي : « حسماً لهذا الداء ، فإنَّ الذريعة الشيء المؤدِّي إلى المفسدة ، وحسمها هو سدها » . هذا تمثيل للمصلحة الضرورية ، وقد مَرَّ أخذ الشَّافعي بالمصلحة الحاجية في مسألة المفقود زوجها .

وإلى هنا أكتفي بثبوت أخذ الشَّافعي بالاستحسان إذا كانت المصلحة المخصص بها الدليل ضرورية أو حاجية .

---

(١) تخريج الفروع للزنجاني ص١٧٠ ، ١٧١ .
(٢) أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص٦٢٤ .

مخالفة الشَّافعية لغيرهم في فروع حكم فيها بالمصلحة :

ومن المعلوم أنَّ هناك فروعاً حكم فيها غير الشَّافعية بالمصلحة ، وخالفهم فيها الشَّافعية ، وذلك كتضمين الصناع ، ومنع بيوع الآجال .

والحق أنَّ مخالفتهم في هذه الفروع لا تكون قادحة في نسبة القول إليهم بالاستحسان لأنَّنَا إنَّما نقصد إثبات كونهم قائلين بذلك ، ولا يلزم من عدم تحكيمهم لهذا الدليل في مسائل معلومة عدم تحكيمهم له في غيرها ، لجواز أنَّهم استندوا في هذه المسائل التي لم يحكموا فيها بمقتضى المصلحة على أدلة ثبتت راجحيتها أو أرجحيتها على هذا الدليل ، كما أنَّه لا يلزم من قولهم في هذه المسائل بما يوافق قول من حكم فيها هذا الدليل - وهو الاستحسان - أن يكونوا قائلين بالاستحسان لاحتمال أن يكون لهم دليل آخر في هذه المسائل وافق دليل الاستحسان في هذه المسائل ، وأنَّ من عمل بالاستحسان لم ير العمل بهذا الدليل لسبب من الأسباب .

والذي يعنينا - كما قلت - هو إثبات مبدأ القول بالاستحسان بمعنى ترك الدليل للمصلحة ، سواء وافقت تفريعاتهم على هذا الدليل تفريعات من شاركهم في القول بهذا الدليل أم لا .

فنكون بهذا قد انتهينا من بيان مذهب الشَّافعي في التخصيص بالمصالح ، كما أننا بيَّنا مذهب الغزالي في الاستحسان إحالة على ما قَدَّمْنَاه له في المصلحة المرسلة .

وسنثبت فيما يلي قول غير الشَّافعية ممن يقتصرون في التخصيص على بعض أنواع المصالح ومعهم الحنفية والحنابلة .

وقد مَرَّت الإشارة إلى أنَّ قصرهم للتخصيص في بعض المصالح اسم ينشأ عن نقل منهم بذلك ، وإنَّما اعتمدنا في ذلك على عملهم في الفروع الفقهية . والله الموفق .

نسبة القول بالاستحسان لأحمد - رضي الله عنه - :

نسب القول بهذا الأصل من وجوه :

١ - ما عزاه له أهل الأصول .

٢ - ما يؤخذ من كلام أصحابه في القياس وشموله عندهم للمصالح .

٣ - اتباع أحمد لفتاوى الصحابة .

٤ - الفروع المخرجة على هذا الأصل .

كل هذه الوجوه تدلُّ على أنَّ الإمام أحمد - رضي الله عنه - كان يعمل بهذا الأصل . وسنشرع في إثبات عمله بذلك على هذا الترتيب .

كلام الأصوليين في ذلك :

قال ابن دقيق العيد : الذي لا شَكَّ فيه أنَّ لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع ، ويليه أحمد بن حنبل ، ولا يكاد غيرهما يخلو عن اعتبارية في الجملة ، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال على غيرهما »[1] .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ ص٢٤٠ .

فقد أثبت القول به لأحمد وأنَّه يتوسع فيها ، وإن كان في ذلك أقل من مالك ، والقول بالمصلحة قول بالاستحسان كما يأتي توضيحه ، فمن أجل ذلك رأينا أنَّ كل مكان وردت فيه المصلحة المرسلة ، فهي كاملة للاستحسان لاتحاد الحقيقة ، وإنَّما الاختلاف بينهما في أمر آخر يرجع إلى أنَّ الاستحسان اصطلح عليه فيما كان فيه المعارضة ظاهراً ، وسيأتي بيان ذلك .

وقد ذكر القرافي أنَّ القول بها في جميع المذاهب ، وليست من خصوصيات مذهب مالك(١) .

وقال ابن قدامة في روضة الناظر : قال القاضي يعقوب : القول بالاستحسان مذهب أحمد - رحمه الله - وهو أن تترك حكماً إلى حكم هو أولى منه ، وهذا مما لا ينكر »(٢) .

وترك الدليل لدليل أقوى منه كلام عام شامل لجميع أنواع الاستحسان، سواء كان الدليل المستحسن به متفقاً عليه كالنصوص والأقيسة ، أو مختلفاً فيه كالمصلحة إن صح ما قيل فيها من اختلاف .

كلام أصحابه في هذا :

إنَّ من ذكر أدلة أحمد الفقهية كابن القيم ، لم يذكر فيها المصالح المرسلة مع نسبتهم القول بها لأحمد ، وقد ذكروا من أدلة أحمد القياس ، ولكن إذا رجعنا إلى معنى القياس عندهم - أي الحنابلة - نجد هناك مندوحة لابن القيم في عدم ذكره لهذا الدليل بين أصول أحمد ، وذلك أنَّ

(١) تنقيح الفصول للقرافي مع شرحه ص١٧٠، ١٩٩ .
(٢) روضة الناظر ص٨٥ .

القياس عندهم له محيط واسع ، ودائرة تستغرق جمعاً من الأدلة يدخل فيها كل من المصالح والاستحسان بمعناه الذي نحن بصدده ، إذ عبارتهم تقتضي أن يكون القياس عندهم عبارة عن إلحاق فرع بغيره لاشتراكه معه في حكمة ومصلحة شاملة من المصالح التي قامت أدلة الشَّرع الكلية والجزئية على اعتبارها ، وهو بهذا المعنى يشمل القياس المشهور بين الأصوليين ، وهو اشتراك الفرع مع الأصل في نوع العلة ، أو في جنسها القريب كما مَرَّ ذلك ، كما يشمل ما اشترك فيه الفرع مع الأصل في جنسه البعيد وهوما يعبر عنه بالمصالح المرسلة الشاملة للاستحسان .

فهم يريدون من القياس : القياس الحقيقي ، وهو ما اجتمعت فيه جميع الأركان ، والقياس المرسل وهو ما فقد أحد الأركان وهو الأصل المعين دون الأصل العام المأخوذ من كليات نصوص الشَّريعة وجزئياتها ، وهو ما يسمى بالمصالح المرسلة التي الاستحسان نوع منها .

وقد ذكر فضيلة الشيخ « أبو زهرة » هذا المنهاج عن الحنابلة ، وقال فيه : إنَّه طريق السَّلف الصالح من الصحابة والتابعين ، والأئمة الأربعة الذين منهم أحمد ، وأنَّهم قد تبعهم في ذلك كُلٌّ من ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، وإليك نصُّه :

« وخص ابن تيمية وابن القيم القياس في الفقه الإسلامي ببيان أرقى ، سلكوا فيه مسلك السَّلف الصالح ، وخاضا فيه على ضوئهم ، وبينوا مرامي الأقيسة التي نقلت في فروع الإمام أحمد ، ووضحا المقاصد التي سيقت لها الأحكام ، وعرجا في ذلك على مقاصد الشَّريعة ، وغايات

الأحكام فيها ، وهما في ذلك يوضحان مناهج الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة بوجه عام وأحمد بوجه خاص » (١) .

ثُمَّ وضح هذا المنهج بما حكاه عن ابن تيمية من أنَّه لا يتقيد بالأوصاف التي تعتبر عللاً يعممون حكمها ... بل يسند الأقيسة إلى الحكم والأغراض والمقاصد الشرعية العامة ... فهو ينظر في كون الأمر متفقاً مع القياس أو مختلفاً معه ، إلى كونه موافقاً للمقاصد الشَّرعية أو لا . وهي ترجع في جملتها إلى جلب المصالح ودفع المضار » (٢) .

ثُمَّ يشرح ذلك بما هو أوضح مما مَرَّ فيقول : « إنَّ ابن القيم لم يذكره - أي دليل المصالح - عند ذكره أصول أحمد - رضي الله عنه - لأنَّه يرى أنَّه داخل في باب القياس الصحيح ، وقد علمت ما نقلناه لك عنه وعن شيخه ابن تيمية أنَّهما ومعهما كثيرون من الحنابلة ، ينظرون في الأقيسة نظرة أوسع مما ينظر غيرهم من الفقهاء الذين ضبطوا قواعد القياس ومسالك العلة فيه ، لأنَّهم يجعلون الأوصاف المشتركة التي تبنى على أساسها الأقيسة الصحيحة وتسير معها طرداً وعكساً ، تكون مستمدة من أغراض الشَّريعة العامة ومقاصدها السَّامية ، ولذلك يعتبرون الحكم والأوصاف المناسبة هي أساس الأحكام واطراد الأقيسة ، وليست هذه الحكم والأوصاف المناسبة إلا المصالح ودفع المضار ومنع الحرج والضيق » (٣) .

---

(١) ابن حنبل لأبي زهرة ص٢٧٤ .
(٢) المرجع السابق ص٢٧٥ .
(٣) المرجع السابق ص٢٩٧ .

ويؤيد ما ذكره « أبو زهرة » من أنَّ هذا منهج الحنابلة نصوص أخرى عنهم مفيدة لذلك ، من ذلك ما ذكره ابن عقيل في مناظرته لشافعيٍّ في معنى السياسة الشَّرعية ، وقد ذكر القصة ابن القيم في بدائع الفوائد حيث قال : « قال شافعيٌّ : لا سياسة إلا ما وافق الشَّرع . قال ابن عقيل : السياسة ما كان فعلاً يكون معه النَّاس أقرب إلى الصَّلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول عليه الصَّلاة والسَّلام ، ولا نزل به الوحي ، فإن أردت بقولك : إلا ما وافق الشَّرع - أي لم يخالف ما نطق به الشَّرع - فصحيح ، وإن أردت ما نطق به الشَّرع فغلط ، وتغليط للصحابة ، فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والمثل[1] ما لا يجحده عالم بالسنة »[2].

فابن عقيل وهو من أئمة الحنابلة يرى أنَّ شرع الله هو عبارة عن كل أمر لم يخالف ما نطق به الشَّرع من الكتاب والسنة ، سواء نزل به الوحي أم لا ، ومراده - والله أعلم - سواء جاء مصرحاً به في الوحي أم لم يكن مصرحاً به ، وإنَّما يؤخذ عنه من طريق الاجتهاد ، فهو على هذا شامل للمصالح المرسلة والاستحسان الذي هو نوع منها ، لأنَّها وإن لم تقم الأدلة الخاصة على حجيتهما فقد أفادت الأدلة بمجموعها اعتبارهما ، وجعلهما من أدلة الأحكام .

وما قاله ابن عقيل شامل للقياس بمعناه المشهور عند الأصوليين ، كما

---

(١) قوله المثل ، لعله المثلة بفتح الميم واللام وضم الثاء المثلثة وهي العقوبة ، الأساس والمختار مادة (م ث ل) .

(٢) بدائع الفوائد لابن القيم جـ٣ ص١٥٢ .

هو شامل للقياس المعني للحنابلة ، فتكون المصلحة والاستحسان داخلين في باب القياس .

وما ذكره ابن القيم من أنَّ الله أقام منهاج الشَّريعة ودليلها ليعلم من ذلك أنَّ مراد الله تعالى منها إقامة العدل والقسط ، وسعادة النَّاس في دنياهم وآخرتهم ، ولم توضع ليجمد النَّاس على نصوصها ويقفوا عند عباراتها من غير نظر لمعقول تلك النصوص ، يقول في ذلك : فإنَّ الله أرسل الرسل وأنزل كتبه ليقوم النَّاس بالقسط والعدل الذي قامت به السموات والأرض ، فإذا ظهرت أمارات العدل وتبين وجهه بأيِّ طريق كان فثَمَّ شرع الله ودينه ، والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته وعلاماته في شيء ونفى غيرها من الطرق ، بل بيَّن بما شرعه من الطرق أنَّ مقصوده إقامة العدل وقيام النَّاس بالقسط ، فأيُّ طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدِّين ، لا يقال : إنَّها مخالفة لله »[1] .

فبهذين النصَّين وما تقَدَّم عن الشيخ أبي زهرة نعلم أنَّ الحنابلة يفتحون مجالاً واسعاً في تلقي الأحكام من شريعة الله ، ولا يقتصرون على بعض الطرق دون بعض ، ما دام أنَّ المنهاج الذي يسلكه المجتهد في تعرف الأحكام يؤدِّي إلى إقامة العدل والقسط بين النَّاس ، ولا شَكَّ أنَّ المصلحة المرسلة لم يلجأ إليها المجتهدون إلا لعدم وجود بغيتهم في غيرها ، كما أنَّهم لم يحكموها إلا لأجل إقامة العدل والقسط ورفع الضيق والحرج ، فمثل هذا المنهج جدير بدخول الأحكام المتلقاة من الاستحسان والمصالح فيه ، فنكون بهذا توصلنا إلى أخذ الحنابلة بالاستحسان .

---

(١) بدائع الفوائد لابن القيم جـ٣ ص١٥٣ .

اتِّبَاع أحمد للصحابة - رضي الله عنهم - :

الوجه الثالث من وجوه إثبات المصلحة المرسلة عند أحمد اتباعه لفتاوى الصحابة ، وقد قَدَّمْنَا وجهين في إثبات المصلحةعنده هما : كلام الأصوليين وكلام أصحابه في القياس . وحاصل هذا الوجه : أنَّ الإمام أحمد - رضي الله عنه - قد علم من منهاجه وأصول مذهبه اقتداؤه بالصحابة وأخذه بفتاواهم ، وجعلها سبيلاً من السبل التي يسلكها المجتهد في الاستنباط عندما يعوزه النص في كتاب الله وسنة نبيه عليه أفضل الصَّلاة والسَّلام .

ومعلوم أنَّ الصحابة قد عملوا بالمصلحة المرسلة في مسائل كثيرة ، مثل اتفاقهم على جمع المصحف وتضمين الصناع ، وغير ذلك .

فلو فرضنا أنَّ الأصوليين لم ينقلوا عن أحمد شيئاً من حيث الأخذ بالمصلحة وعدمه، ولم نقف على نقل من أصحابه أنَّهم يعملون بالمصلحة، لأمكننا أن نقول : إنَّه يأخذ بالمصلحة بحكم سلوكه مسلك الصحابة - رضي الله عنهم - . وطريقة عمله بفتاوى الصحابة ذات نوعين :

أحدهما : أخذه بها جملة عند اتفاقهم ، أو ما ورد لبعضهم مما لم يُعلم له مخالف منهم .

والثاني : أنَّه يختار الأقرب إلى الكتاب والسنة عند اختلافهم ، يقول ابن القيم في ذلك : « الأصل الثاني من أصول فتاوى الإمام أحمد : ما أفتى به الصحابة ، فإنَّه إذا وجد لبعضهم فتوى لا يعرف له مخالف منهم

فيها ، لم يعدها إلى غيرها ، ولم يقل : إنَّ ذلك إجماع ، بل من ورعه في العبارة ، يقول : لا أعلم شيئاً يدفعه ، أو نحو ذلك .

فإذا اختلف الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقربها إلى الكتاب والسنة ، ولم يخرج عن أقوالهم ، فإن لم يتبين له موافقة أحد الأقوال حكى الخلاف فيها ولم يجزم بقول »[1] .

فتوى أحمد بمقتضى المصلحة :

فقد رويت عنه فروع كثيرة كان العمل فيها بالمصلحة ، من ذلك : ما روي عنه في إحدى الروايتين أنَّه حكم بتضمين الأجير ولو كان مشتركاً تخريجاً على دليل الاستحسان[2] .

ووجه الاستحسان فيه هو أنَّ الأجراء مؤتمنون ، فلا يضمنون قياساً على المودعين ، فمقتضى القياس المنع من تضمينهم ، فخص أحمد هذا القياس بغير الأجراء ابتغاء المصلحة ، لأنَّ في عدم تضمينهم - والنَّاس في حاجة إلى عملهم - ضياع أموال النَّاس ولا غنى للنَّاس عنهم ، وقد ذهب إلى مثل هذا في الأجراء مالك ، يقول القرافي في هذه المسألة :

« والأيدي المؤتمنة التي لا ضمان عليها : يد المودع ، وعامل القراض والمساقاة ، والأجير ، إلا أنَّ مالكاً استثنى منها صورتين :

---

(١) إعلام الموقعين جـ١ ص٣٣، ٣٤ .

(٢) ذكر ابن قدامة الروايتين ، فقال : « الأجير المشترك هو الصانع . . وهو ضامن لما جنت يده ، أمَّا الأجير الخاص فهو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه ما لم يتعد» ، ثم قال : « روي هذا عن أحمد ، وله قول آخر أنَّ جميع الأجراء يضمنون . وأيد ابن قدامة التفرقة بين الأجيرين في الضمان » . انظر المغني جـ٨ ص٤٨١، ٤٨٢ .

١ - الأجير الذي يؤثر في الأعيان بصنعته كالخياط والصباغ والقصار .

٢ - والأجير على حمل الطعام الذي تتوق النفس إلى تناوله كالفواكه والأشربة، والأطعمة المطبوخة، فإن الأجير يضمن سداً لذريعة تناولها [(١)]. ثُمَّ ذكر أنَّ هذا هو الأصح وأنَّه من باب الاستحسان [(٢)] .

وقد أشار إلى الدليل المخصص بالمصلحة الإمام ابن رشد في بدايته ، حيث أفاد أنَّ عدم تضمين الصناع والأجراء دليله القياس على الوديعة ، وأنَّ من ضمنهم ترك هذا القياس للمصلحة ، ونصُّه : « وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنَّه شبه الصَّانع بالمودع عنده والشريك والوكيل ... ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسداً للذريعة » [(٣)] .

والعمل والفتوى بالدليل خير برهان على أخذ المجتهد به . والله أعلم .

مذهب الحنفية في الاستحسان :

لقد سبق أن ذكرنا أنواع الاستحسان عند الحنفية ، وظهر أنَّ كثيراً من هذه الأنواع إطلاق الاستحسان عليها مجرد اصطلاح لا يحمل أي معنى جديد يخالف الأدلة المتفق عليها ، التي هي : النص ، والإجماع ، والقياس . بل إنَّه يطلق على ما هو فرد منها ، فإذاً مثل هذه الأنواع من الاستحسان ليس فيها خلاف بين العلماء ، وإنَّما الذي وقع فيه الخلاف أو أشيع فيه وقوع الخلاف ، شيء آخر حكى كثير من العلماء وقوع الخلاف

(١) بتصرف من الفروق للقرافي جـ٢ ص٢٠٧، ٢٠٨ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص٢١٩ .

فيه، وهو الاستحسان بالمصلحة - أي تخصيص أحد الأدلة المتفق عليها بالمصلحة .

وقد ذكرنا كثيراً أنَّ كلمة المصلحة تحمل معنى الاستحسان ، وقد سبق أن ذكرنا هذا النوع عند الأئمة الثلاثة ، ومدى موقفهم من الأخذ به ورده ، وبقي لنا أن نذكر موقف الإمام أبي حنيفة وأتباعه من هذا النوع ، فيقول :

إنَّ هذا النوع من الاستحسان قد جعله الحنفية دليلاً على الأحكام وفرعوا عليه الفروع ، وجعلوه أساساً وسنداً على فتاويهم .

من ذلك : ما ذكره أبو يوسف عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - من تجويزه للغانمين إفساد المال الذي غنموه إذا لم يتمكنوا من الاستفادة منه ، وفي تركه من غير إفساد إعانة للكفار .

ووجه كون هذا استحساناً أنَّ في إتلاف المال مصلحة للمسلمين ، وهي إضعاف الكفار بإتلاف ما يستعينون به من أموال ، كما أنَّه فيه دفع مفسدة عنهم ، وهي ما يترتب على ترك إفساد المال من استخدامه ضد المسلمين ، إلا أنَّ الحكم بجواز اتلاف المال تظهر فيه المعارضة لعموم الدليل الذي يقتضي النهي عن إتلاف المال بمصلحة ضرورية للمسلمين وهو معنى الاستحسان .

يقول أبو يوسف في هذه المسألة نقلاً عن إمامه أبي حنيفة : « وإذا أصاب المسلمون غنائم من متاع أو غنم فعجزوا عن حمله ذبحوا الغنم وأحرقوا المتاع ، وأحرقوا لحوم الغنم كراهية أن ينتفع بذلك أهل الشرك»[1] .

---

(١) تعليل الأحكام ص٣٦١ .

وقد روى الكثير من المسائل التي العمدة فيها على هذا النوع من الاستحسان في مذهب الحنفية فلا نطيل الكلام بذكرها ، وإنَّما لذلك موضع سيأتي في آخر هذا البحث إن شاء الله تعالى .

كلام بعض الحنفية في العمل بالاستحسان :

لقد رأى بعض محققي الحنفية العمل بالاستحسان وانتصر له ، من ذلك ما جاء عن الكمال بن الهمام من تصريحه بتخصيص النصوص بالمصلحة ، وأنَّ هذا التخصيص ليس عملاً بالرأي المجرد من الشَّرع ، وإنَّما ذلك تخصيص في الواقع ونفس الأمر بالأدلة التي دلت على المصلحة ورعايتها ، فليس هناك ما يمنع حينئذ من التخصيص بمثل هذا .

يقول ابن الهمام رادّاً على من منع تجويز بعض الفروع التي اعتمد فيها على التخصيص بالمصلحة ذاهباً هذا المانع إلى أنَّ المشقة والحرج إنَّما تعتبر في موضع لا نص فيه وأمَّا مع النص بخلافه فلا .

وإليك نصُّه : إنَّ هذا ممنوع بل البلوى تعتبر إذا تحققت بالنص النافي للحرج وهو ليس معارضة للنص بالرأي »[١] .

فابن الهمام يمنع القول بعدم الالتفات إلى المشقة والحرج عند معارضتها للنصوص ، ويقول بجواز مراعاة المشقة مع وجود النص المخالف لها ، مستنداً في ذلك إلى أنَّ هذه المشقة التي التفت إليها وخصص بها النص إنَّما اعتبرت لاستنادها إلى الدليل ، وهو النص النافي للحرج ،

---

(١) تعليل الأحكام ص٣٦٣ .

ويعقب على ذلك بأنَّ مثل هذا ليس تخصيصاً بمحض الرأي ، وليس قصده نفي الرأي مطلقاً ، إذ الإسناد إلى المصلحة المخصصة استناد إلى الرأي ، لا شَكَّ في ذلك .

ومثل كلام ابن الهمام كلام سعد أفندي في حاشيته على العناية ، فقد رد على المانعين بما اشتهر عن الفقهاء من أنَّ مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشَّرع [1] .

وبهذا قد ثبت التخصيص بالمصلحة عن الحنفية قولاً وعملاً .

هذا وبعد ما عرضناه من مذاهب للأئمة في القول بالاستحسان ظهر لنا أنَّهم متفقون على هذا المبدأ ، فإذا ظهر عدم استعمالهم له في نوع من أنواعه ، أو فرع من فروعه ، فلا يكون ذلك قادحاً في نسبة القول لهم بذلك ، لأنَّه كما قَدَّمْنَا أنَّ الأدلة تتعارض ، ويظهر لمجتهد في مسألة ما لا يظهر لغيره ، فيحصل الاختلاف بينهم ، فكل يأخذ بدليل ، وعدم أخذه في مسألة بدليل لا يدلُّ على تركه لهذا الدليل وعدم اعترافه به ، وإنَّما يرجع لأمر آخر . وسننتقل بعد هذا إلى ذكر مذهب المانعين للتخصيص بالاستحسان .

---

(١) تعليل الأحكام ص٣٦٣ .

المانعون للاستحسان :

هذا البحث يتضمن الآتي :

١- إثبات كون الاستحسان مصلحة مرسلة .

٢- مذهب المنكرين للاستحسان مع إنكارهم للمصلحة .

٣- مذهب من أنكروا الاستحسان مع إثباتهم للمصلحة .

وإنَّما تكلمنا في هذا البحث على إثبات كون الاستحسان مصلحة مرسلة ، لأنَّ المنكرين للاستحسان إنَّما قلنا بإنكارهم له ، لأنَّهم أنكروا المصلحة المرسلة ، والاستحسان نوع منها ، فاقتضانا الأمر إثبات اتحاد حقيقتهما حتَّى يمكن إثبات إنكار الاستحسان لمن أنكروا المصلحة ، كما أنَّ ذكرنا في هذا البحث لاتحاد المصلحة والاستحسان في الحقيقة يجعل الرد على من قالوا بالمصلحة ولم يقولوا بالاستحسان أمراً سهلاً لإيمانهم ببعض الدليل ورفضهم لبعضه .

إثبات كون الاستحسان مصلحة :

لقد تكلم كثير من الأصوليين على المصلحة المرسلة ، والناظر في كلامهم يجد أنَّ المصلحة المرسلة عندهم تطلق على المصلحة التي لم يعارضها دليل من الأدلة ، كما تطلق عندهم على ما ظهر معارضتها لدليل من الأدلة . فقد تكلم الغزالي على المصلحة في كتبه الثلاثة ، وأتى في تفريعاته عليها بفروع يظهر منها المعارضة ، فنراه في قتل الترس يحكي أنَّ فيه معارضة لقوله تعالى : ﴿وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ﴾ [1] كما

(١) سورة الإسراء : الآية ٣٣ .

أنَّ في ضرب الخراج على النَّاس أخذاً للأموال بغير الوجوه التي جعلها الشرع طريقاً لأخذ المال كالزكاة مثلاً .

كما أنَّ هناك من الفروع ما لم تظهر معارضته لدليل سابق ، ولم يرد فيها دليل بالمنع ولا بالإذن مثل ما فعله الصحابة من جعلهم حد الشرب ثمانين ، ولم يكن محدداً قبل ذلك .

ولذا نراه يرد على مَنْ خيّل إليه أنَّ الحد في الشرب محدد ، فجاء الصحابة وزادوا على حد الشَّارع ، إذ يقول - أي الغزالي - معترضاً ومجيباً :

فإن قيل : شرطتم في المصلحة المرسلة ألا تتضمن تغير النص ، ولقد كان حد الشرب في الشَّرع أربعين فزادوا عليه بالمصلحة ، فكان ذلك تغيير النص .

قلنا : ليس الأمر كذلك ، لم يكن حد الشرب مقداراً في الشَّرع ، بل أتى النَّبيُّ عليه السَّلام بشارب فأمر حتَّى ضرب بالنعال وأطراف الثياب وحثي عليه التراب ، ولما آل الأمر إلى أبي بكر - رضي الله عنه - قد رد ذلك بأربعين ورآه قريباً ممَّا كان يأمر به النَّبيُّ ﷺ ، وحكم بذلك عمر - رضي الله عنه - مدة ، ثُمَّ لما توالت عليه الكتب من أطراف البلاد بتتابع النَّاس في الفساد وشرب الخمر ، واستحقار هذا القدر من الزجر ، فجرى ما جرى في معرض الاستصلاح تحقيقاً لزجر الفساق »[1] .

---

(١) شفاء الغليل ص ٢١٦ ، ٢١٧ .

كذلك نجد الإمام الشَّاطبي قد تكلم على المصلحة المرسلة في مبحث مستقل ، وأتى فيها بأمثلة تصلح مثالاً أيضاً للاستحسان ، كتضمين الصناع .

ثُمَّ لما تكلم على الاستحسان بجميع أنواعه ذكر الاستحسان بالمصلحة ضمن ذلك ، فنظر في بحث المصلحة فيما يظهر إلى أنَّه شيء لم يرد اعتباره ولا إلغاؤه ، وهذا شامل للمصلحة في مجال التخصيص وغيره (١) .

ونظر في المبحث الثاني إلى الدليل المخصص أياً كان مصلحة أو غيرها ، فجاء به تحت عنوان الاستحسان بمعناه العام .

ومثل صنيع الشَّاطبي ما ذكره الزركشي في بحره ، فقد أفرد المصلحة بمبحث ، وأتى فيه بأمثلة للاستحسان ، ثُمَّ عقد للاستحسان بحثاً مستقلاً تكلم فيه على جميع أنواعه ، ومن بين ذلك التخصيص بالمصلحة (٢) .

كذلك نجد الزنجاني تكلم على المصلحة المرسلة وأتى فيها بأمثلة للاستحسان ، مثل قتل الجماعة بالواحد (٣) ، فإنَّ ظاهره يعارض نص الآية : ﴿ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ .

فهؤلاء جميعاً قد عنونوا للمصلحة ، وذكروا فيها أمثلة فيها تخصيص الأدلة بالمصلحة ، وهذا هو الاستحسان المراد هنا ، على أنَّ بعضهم لم

---

(١) انظر في هذا : الاعتصام جـ٢ ص٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٣٢٤ .
(٢) البحر المحيط جـ٣ ص١٧٤ .
(٣) انظر : تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص١٧٠ ، ١٧١ .

يكتف بذلك ، بل ذكرها مرة أخرى تحت عنوان : « الاستحسان »، كما صنع الشَّاطبي والزركشي .

وقد جاء زيادة على ما تقَدَّم تصريح بعضهم بأنَّ الاستحسان نوع من المصلحة ، قال القرافي : « سؤال : ما الفرق بين المصلحة المرسلة والاستحسان ؟ فقد جعلتموهما مدركين مع أنَّه لا معنى للاستحسان إلا مصلحة خالصة أو راجحة تقع في نفس الناظر ؟

جوابه : الاستحسان أخص ؛ لأنَّنَا نشترط فيه أن يكون له معارض مرجوح ويرجح الاستحسان عليه ، ولذلك قلنا فيه : هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد لوجه أقوى منه ، والمصلحة المرسلة لا يشترط فيها معارض بل قد يقع تسليمها عن المعارض »(١) .

ويقول الشَّاطبي في ذلك بعد أن ذكر أنَّ الحكم بتضمين الصناع دليله الاستحسان : « فإن قيل : فهذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان ، قلنا : نعم ، إلا أنَّهم صوروا الاستحسان بصورة الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة ، ومثل ذلك يتصور في مسألة التضمين ، لأنَّ الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية ، فصار تضمينهم في حيز المستثنى من ذلك الدليل ، فدخلت تحت معنى الاستحسان بذلك النظر »(٢) .

---

(١) نفائس الأصول للقرافي جـ٣ ص٢٠٢ .
(٢) الاعتصام جـ٣ ص٣٢٤ .

وقد جاء في البحر المحيط ما هو صريح في أنَّ الاستحسان في بعض استعمالاته يأتي بمعنى المصلحة المرسلة ، ومن ذلك قوله : ذكر ابن دقيق العيد في كتاب اقتناص السوانح ثلاث صور ترجع إلى الاستحسان أو المصالح ، قال بها الأصحاب »[1] ، ثُمَّ ذكر الصور ، وستأتي إن شاء الله .

ففي هذا النص لا يجد الزركشي غضاضة في إطلاق كل من الاستحسان والمصالح على شيء واحد .

إشكال على جعل الاستحسان مصلحة :

حاصل الإشكال : أنَّ الاستحسان هو تخصيص بمصلحة مرسلة ، والمصلحة المرسلة هي التي لم يدل على اعتبارها ولا إلغائها ، فإذا خصصت دليلاً فمعنى هذا أنَّ ما حكمت فيه المصلحة من فروع قد دلَّ الدليل عليه بالاعتبار أو الإلغاء ، فكيف مع هذا تكون المصلحة مرسلة ، بل الواجب أن تكون ملغاة ، وإلا لما كان هناك فرق بين المصلحة المرسلة والملغاة ، وكيف وقد قدمتم أنَّهما صنفان متباينان ؟ .

وبيان ذلك أكثر أنَّ التخصيص إخراج بعض ما تناوله العام ، فإذاً الطائفة المخرجة بالمصلحة أو التي دليلها المصلحة ، لم تصادفها المصلحة خالية من الدليل ، بل وجدتها داخلة تحت دليل ، فلا يكون هذا حكماً بمصلحة مرسلة بل بمصلحة ملغاة .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ ص١٧٤ .

الجواب على ذلك :

أولاً : الذي يظهر لي أنَّ سبب الإشكال هو أنَّ في المصلحة تعطيلاً لبعض ما دلَّ عليه الدليل ، وهذا يخالف حقيقة المصلحة المرسلة .

الجواب على ذلك : أنَّ الطائفة المخرجة من العموم ليست مقصودة من الدليل ، أو ليست داخلة في مراد المتكلم بالعام ، ويرى بعض العلماء أنَّها - أي الطائفة المخرجة - ليست داخلة أيضاً في اللفظ [1] .

---

(١) انظر : الإسنوي جـ٢ ص ٧٨ .

ويرى الشاطبي أنَّ التخصيص بمتصل أو بمنفصل ، ليس إخراجاً للبعض من قصد المتكلم ولا من لفظه ، وهذا نصُّه : قال في المتصل : « فليس في الحقيقة بإخراج لشيء ، بل هو بيان لقصد المتكلم في عموم اللفظ ، ألا يتوهم السامع منه غير ما قصد ، وإذا كان كذلك فلا تخصيص في محصول الحكم لا لفظاً ولا قصداً . ثم قال : وأمَّا التخصيص بالمنفصل فإنَّه كذلك أيضاً يرجع إلى بيان المقصود في عموم الصيغ حسبما تقدَّم في رأي المسألة لا أنَّه على حقيقة التخصيص الذي يذكره الأصوليون . فإن قيل : وهكذا يقول الأصوليون : إنَّ التخصيص بيان المقصود بالصيغ المذكورة فإنّه رفع لتوهم دخول المخصوص تحت عموم الصيغة في فهم السامع ، وليس بمراد الدخول تحتها ، وإلا كان التخصيص نسخاً فإذاً لا فرق بين التخصيص بالمنفصل والتخصيص بالمتصل على ما فسرت . فكيف تفرق بين ما ذكرت وبين ما يذكره الأصوليون .

فالجواب أنَّ الفرق بينهما ظاهر . وذلك أنَّ ما ذكر هنا راجع إلى بيان وضع الصيغ العمومية في أصل الاستعمال العربي أو الشرعي ، وما ذكره الأصوليون يرجع إلى بيان خروج الصيغة عن وضعها من العموم إلى الخصوص فنحن بينا أنَّه بيان لوضع اللفظ ، وهم قالوا : إنَّه بيان لخروج اللفظ عن وضعه ، وبينهما فرق . فالتفسير الواقع هنا نظير بيان الذي سبق عقب اللفظ المشترك ليبين المراد منه ، والذي للأصوليين نظير البيان الذي سبق عقيب الحقيقة ليبين أنَّ المراد المجاز ، كقولك : رأيت أسداً يفترس الأبطال . انظر : الموافقات جـ٣ ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ .

فإذا لم تدخل في الدليل فقد دلت المصلحة على حكم خال عن شمول الأدلة له حقيقة ، فلا يكون هناك مجال للقول بأنَّ التخصيص ينافس المصلحة المرسلة ، وأنَّ الشمول الذي أثار الإشكال ما هو إلا شمول ظاهري فقط لا حقيقي ، وسيأتي في هذا البحث أنَّ توهم هذا الإشكال هو الذي أوقع بعض الباحثين في إنكارهم التخصيص ، كما أوقع بعضاً آخر في تفسير تخصيص المصلحة بأنَّه إيقاف للنص ، أو تعطيل له أو ما هذا معناه ، وسيأتي إن شاء الله .

فظهر بهذا الذي قَدَّمْنَاه عن المصلحة والاستحسان أنَّ الاستحسان نوع منها ، وهي أشمل منه ، كما ظهر أنَّهم إذا أطلقوا المصلحة المرسلة أرادوا منها جميع أنواعها ، يدلُّ على ذلك تصريحهم بهذا المراد تارة ، وعملهم في التفريع بمقتضاه تارة أخرى .

فبهذا نكون قد انتهينا بما هو شبه مقدمة ، لعرض آراء المنكرين للاستحسان ، وسنشرع في المقصود ، وهو عرض آراء المنكرين ، مقسمين لهم إلى قسمين :

المنكرون للاستحسان

الصنف الأول من المنكرين :

وهم من أنكروا المصلحة ، سواءً كانوا ممن يثبتون أصل الرأي كالقاضي الباقلاني وأتباعه ، أو من ينكرونه جملة كالظاهرية ، لأنَّ الجميع قد أنكروا المصلحة ، وهي شاملة للاستحسان ، فيكونون قد أنكروا الاستحسان كذلك ، بل الظاهر أنَّ إنكار هذا النوع من المصلحة المعبر عنه

بالاستحسان أولى بالإنكار عندهم ، لأنَّه ظهر فيه تعارضه للأدلة ، وإن كان ذلك التعارض غير حقيقي كما تقَدَّم .

الصنف الثاني من المنكرين :

ممن أنكروا الاستحسان بعض الشَّافعية : كإمام الحرمين والطوسي الأكبر[1] . كما يفهم من كلام ابن العربي في أحكام القرآن . وهما من معاصريه [2] ، والذي يفيده سياق كلام ابن العربي أنَّهما ينكران الاستحسان بمعنييه ، أعني تخصيص عموم أو علة .

ويحدثنا ابن العربي عن ذلك بأنَّه قد ناقش هذين الإمامين من أئمة الشَّافعية ، فناقش الطوسي الأكبر في ردِّه للاستحسان ، وتوالى بينهما النزاع حتَّى أوقف الطوسي وألزمه الحجة ، وقال عن إمام الحرمين : إنَّه قد لجأ إلى هذا الرأي - أي إنكار التخصيص بالمصلحة - في كتبه المتأخرة التي استقر عليها رأيه ونضجت فيها فكرته ، وأنَّ جميع ما أورده من حجج لتأييد ما ذهب إليه لم تفده في دحض هذا المبدأ وإبطاله ، إلا أنَّ ابن العربي لم يورد لنا ما دار بينه وبين الإمامين من مناظرات ، ولا شطراً من ذلك ، وإنَّما أحالنا في ذلك على كتبه ، ولم يمكننا العثور عليها حتَّى نعلم ذلك .

(١) الطوسي الأكبر واسمه إسماعيل من فقهاء الشافعية ، من مشايخ ابن العربي المشرقيين ، ويلقب بدا نشمند الأكبر ، ودا نشمند الأصغر هو أبو حامد الغزالي الطوسي المشهور ، ومعنى : دا نشمند بلغة الفرس : عالم العلماء ، والفرس تفخم الميم من دا نشمند ، ورحل ابن العربي إلى المشرق سنة (٤٨٥ هـ)، فمعنى هذا أنَّ الطوسي الأكبر كان حياً بعد ذلك ، ولم أطلع على وفاته . انظر : شجرة النور الزكية في تراجم المالكية ص ١٣٦ وما بعدها .

(٢) انظر : الديباج المذهب، فقد جاء فيه ما يفيد معاصرة ابن العربي لإمام الحرمين ص١٥١ .

وإليك نص ابن العربي في ذلك ، قال : « والاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ... فالعموم إذا استمر والقياس إذا اضطرد ، فإنَّ مالكاً وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى ، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة ، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ، ويرى مالك وأبو حنيفة تخصيص القياس ببعض العلة ، ولا يرى الشَّافعي لعلة الشَّرع إذا ثبتت تخصيصاً (1) ، ولم يفهم الشَّريعة مَنْ لم يحكم بالمصلحة ، ولا رأى تخصيص العلة ، وقد رام الجويني رد ذلك في كتبه المتأخرة التي هي نخبة عقيدته ونخيلة فكرته ، فلم يستطعه ، وفاوضت الطوسي الأكبر في ذلك وراجعته حتَّى وقف . وقد بينتُ ذلك في المحصول والاستفهام بما في تحصيله شفاء – إن شاء الله –(2) .

موقف صاحب الضوابط من الاستحسان :

كذلك ممن أنكروا الاستحسان : صاحب ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، زاعماً أنَّ ذلك لم يرد عن أحد من الأئمة ، كما أنَّ هذا الاستحسان ينافي حقيقة المصلحة المرسلة ، ويرى أنَّ ما روي عن مالك في ذلك غير صحيح ، حيث يقول : « إذ لا يجوز أن يخصص السنة أو يغيرها

---

(1) النص في الموافقات هكذا : « ويريان معاً تخصيص القياس ونقض العلة ، ولا يرى الشَّافعي لعلة الشَّرع إذا ثبتت تخصيصاً » ، ولعلَّ في نص أحكام القرآن بعض التحريف .

(2) أحكام القرآن لابن العربي جـ2 ص745، 746 .

إلا ما ثبت اعتباره شرعاً ، والمصلحة المخالفة لها لم يثبت اعتبارها بعد حتَّى تقوى على التقييد والتخصيص »[1] .

« والواقع أنَّه لا يوجد في فقه الإمام مالك ما يسمَّى بتخصيص المصلحة المرسلة أو المجردة للسنة أو الكتاب »[2] ، « وليس جواز قطع الشوك المؤذي في الحرم من تخصيص الحديث بالمصلحة الذي لم يقل بجوازه أحد من الأئمة »[3] . هذه نصوصه صريحة في إنكاره تخصيص المصلحة للكتاب والسنة ، كما هي صريحة في أنَّ ذلك لم يقل به أحد ، معتمداً في ذلك على أنَّ التخصيص ينافي حقيقة الإرسال الذي وصفت به المصلحة . وهذا الصنف الثاني من المنكرين للاستحسان قد اعترف بحجية المصلحة المرسلة كما قَدَّمْنَا ذلك .

هذا الذي قَدَّمْنَاه عرض لآراء ودعاوى المثبتين للاستحسان والنافين له ، وبعد هذا سننتقل إلى حججهم وأدلتهم فيما ذهبوا إليه ، وهو المبحث الآتي :

أدلة القائلين بالاستحسان

لقد قَدَّمْنَا أنَّ الاستحسان الذي نحن بصدد الحديث عنه نوع من المصلحة ، وأنَّ الأصوليين في جميع إطلاقاتهم للمصلحة المرسلة يريدون منها جميع أنواعها التي منها الاستحسان ، ولما كان الكلام على المصلحة المرسلة مضى مستوفياً بأدلته وتوجيهاتها وترجيح الراجح منها ، رأينا أن لا داعي لذكر ما مضى ، إذ هو إقامة للدليل على المصلحة الشاملة

---

(١) ضوابط المصلحة ص١٧٣ ، ١٧٤ .

(٢) المرجع السابق ص ١٨٨ .

(٣) المرجع السابق ص ١٨٦ .

للاستحسان ، فإعادة أدلة المثبتين مرة أخرى نوع من التكرار ؛ لذلك رأينا أن نقتصر هنا على الأدلة المختصة بهذا النوع من المصلحة وهو الاستحسان، ونذكر مناقشتها من جانب المنكرين ، كما قَدَّمْنَا أيضاً : أنَّ الاستحسان وقاعدة مآلات الأفعال يرجعان إلى معنى واحد ، أي أنَّ كُلاًّ منهما فيه تخصيص الدليل بناحية من نواحيه ، أو حالة من أحواله .

وسنتكلم هنا على دعويين :

الأولى : إثبات أنَّ للأفعال والتكاليف الشَّرعية مآلات .

الثانية : أنَّ كل فعل مطلوب شرعاً أو منهي عنه شرعاً ، إذا أدَّى كل من الطلب والنهي إلى مآل غير مقصود منه ، ينقلب الحال فيه ، فسيصير المطلوب ممنوعاً ، والممنوع مطلوباً ، أي أنَّ الفعل المطلوب طلب فعل أو ترك ينقلب حاله في الحالة التي أدَّى فيها إلى غير ما طلب منه أو في الناحية التي لم يؤد فيها إلى المطلوب .

وسنورد هنا أدلة الشَّاطبي على هذه القاعدة ومناقشتها من قبل المنكرين ، فنقول :

دليل الشَّاطبي على الدعوى الأولى : الاستقراء :

وذلك أنَّه وردت نصوص شرعية يفيد عمومها أنَّ مراعاة الشَّارع لمآلات الأفعال شيء متأصل في الشَّريعة ، فقد قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾[1]. وقال :

(١) سورة البقرة : الآية ٢١ .

﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [(١)]، وقال: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [(٢)]، وقال: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [(٣)]، وغير ذلك مما إذا تتبعه الإنسان عجز عن إحصائه.

وجه الدلالة على اعتبار المآل:

ووجه الدلالة على اعتبار المآل في الآية هذه أنَّ الله تعالى جعل للأعمال المطلوبة من المكلفين - فعلاً أو تركاً - غايات أمر بها لأجلها، وأمره بهذه الأعمال لأجل ما يترتب عليها من غايات وحكم ومصالح هو عين قصده، واعتباره للمآل، إذ هذه الحكم المترتبة على الأعمال هي مآلاتها وعواقبها، ففي الآية الأولى أمر بالعبادة ليكون مآلها التقوى، فقصد من الأمر بالعبادة ما يترتب عليها من التقوى، وكذلك فرض الصوم على العباد لأجل ما يترتب عليه من التقوى، ونهى عن أكل الأموال بالباطل، والإدلاء بها إلى الحكام؛ لأنَّ مصير ذلك أكل أموال النَّاس بالباطل، فنهى عن الأكل لما يؤدِّي إليه من مفسدة، وهي أكل مال الغير، وأخبر الله تعالى بأنَّه لم يشرع القصاص إلا لأجل ما فيه من حياة النَّاس، فالقصاص فعل مأمور به مقصود من الأمر به ما يؤدِّي إليه من مآل طيب هو حياة النَّاس.

فقد دلت هذه الآيات على اعتبار المآل في التكاليف، وهي حجة

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٣.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٧٩.

لمدعي اعتبار المآل ولا حجة فيه على مسألتنا بالذات ؛ لأنَّ الموضوع : أن يكون للأفعال مآلان متعارضان ، ولذا قال الشَّاطبي : إنَّ اعتبارها - أي هذه الأدلة أو دليل الاستقراء بالذات دليلاً على المآل -اعتبار في الجملة [1]؛ لذا جعلنا من أول الأمر هذا الدليل على اعتبار المآل فقط ، وليس دليلاً لدعوانا ، وهي إذا تعارض المآل مع مآل آخر ، قدم ما يؤدِّي إلى أقوى المآلين وأكبر المصلحتين .

أدلة الدعوى الثانية :

ودليل هذه الدعوى من الكتاب والسنة والعقل .

دليل الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾ الآية [2]. ووجه الاستدلال بها على المطلوب : أنَّ سب الاصنام له مآلان :

أحدهما : توهين أمر الشرك وإذلال أهله .

والثاني : سب الله تعالى .

والمآلان متعارضان ، لأنَّ أحدهما - وهو الأول - مصلحة . والثاني مفسدة ، وتلك المصلحة في جانب هذه المفسدة لا تساوي شيئاً ، لذا نهى

---

(١) انظر في هذا : موافقات الشاطبي جـ٤ ص١٩٦، ١٩٧ . وتقريرات دراز عليها ص ١٩٧ .

(٢) سورة الأنعام : الآية ١٠٨ .

الشَّارع عن الفعل المؤدِّي للمصلحة نظراً إلى ما يترتب عليه من المفسدة الراجحة . وهذا هو المطلوب .

دليل السنة :

قوله عليه الصَّلاة والسَّلام حين أشار عليه أصحابه بقتل من ظهر نفاقه : « لا يتحدثُ النَّاسُ : أنَّ محمداً يقتل أصحابه »(١) .

وقوله عليه السَّلام لعائشة - رضي الله عنها - : « لولا حداثة عهد قومك بالكفر ، لنقضت الكعبة ، ولجعلتها على أساس إبراهيم »(٢) . وقال في حادثة أعرابي أخذ يبول في المسجد : « لا تزرموه »(٣) .

وجه الدلالة في هذه الأحاديث :

أمَّا الحديث الأول فإنَّ موجب القتل حاصل ، وهو الكفر بعد النطق بالشَّهادتين ، والسعي في إفساد ما بين المسلمين من مودة وإخاء ، الحاصل من المنافقين لسعيهم في تفكيك روابط المسلمين بأنواع الوشايات والفتن ففي قتلهم درء للمفسدة الخالصة منهم ، ولكن عارض هذه المصلحة مفسدة ، وهي ما يثار حول ذلك من أنَّ الرسول عليه الصَّلاة والسَّلام يقتل أصحابه ، وهذا اتهام يؤدِّي إلى إحجام النَّاس ونفورهم عن الدخول في الإسلام ، وهذه مفسدة أشد ضرراً على الإسلام من المصلحة المترتبة على

---

(١) رواه البخاري عن جابر . الفتح الكبير جـ٢ ص٣٥٣ .

(٢) أخرجه مسلم في باب نقض الكعبة ، جـ٢ ص٩٦٩ ، ٩٧٠ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

(٣) رواه مسلم جـ١ ص٢٣٦ ، ٢٣٧ .

قتلهم وإراحة المسلمين من شرهم ؛ لأنَّ المسلمين غالباً لا تؤثر فيهم تلك الديانات والفتن التي يثيرها المنافقون ، بخلاف الكفار فإنَّ هذه الإشاعة منفرة لهم قطعاً[(١)] .

أمَّا الحديث الثاني فإنَّ رد البيت على قواعد إبراهيم عليه السَّلام شيء مطلوب ، إلا أنَّ هذا الفعل يؤدِّي إلى نتيجة أخرى فيها مفسدة ، وهي : إنكار قريش لذلك فيرتدوا عن الدِّين ، لما في هذا من إدخال الجدر التي كانت خارج البيت فيه ، وصيرورة بابه ملصقاً بالأرض بعد ما كان مرتفعاً عنها ، كما جاء في الرواية الأخرى : « لولا أنَّ قومك حديثٌ عهدهم بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل الجدر في البيت ، وأن ألصق بابه بالأرض » ، فرأى ﷺ المفسدة المترتبة على إنشاء البيت على قواعد إبراهيم عليه السلام أعظم مما يترتب على ذلك من مصلحة ، وهي إرجاع البيت إلى أساسه الأول ، فمن أجل ذلك ترك بنيانه على أساسه الأول .

أمَّا الحديث الثالث فإنَّ نهي الصحابة للأعرابي عن الاستمرار في البول ، فيه مآلان : أحدهما : تقليل النجاسة الحاصل بمنعه من إتمام بوله وهو مصلحة . والثاني : الضرر الذي يصيبه بسبب قطع البول وهو مفسدة عظيمة ، بالإضافة لمصلحة تقليل النجاسة ؛ فلذا نهاهم عليه السَّلام عن أن يقطعوا عليه بوله .

فالأصل في الفعل النهي ، لكن نظراً إلى مآله وهو المفسدة الراجحة أجيز ، وغير هذا كثير في القرآن والسنة .

---

(١) انظر : تقرير الشيخ دراز على الموافقات جـ٤ ص١٩٧ .

وبناء على هذا الأصل أفتى مالك مَنْ أراد من الأمراء أن يبني البيت على قواعد إبراهيم بالمنع ، وقال : كما ذكر الشَّاطبي : « لا تفعل لئلا يتلاعب النَّاس ببيت الله تعالى »[1] .

فهذه الأدلة دالة على اعتبار هذا الأصل شرعاً ، وأنَّ مآلات الأفعال معتبرة فيها ، فإذا اختلت تبعها في ذلك الأفعال ، وهي أيضاً كما يقول الشَّاطبي استقرئت فأفادت القطع بأنَّ الشَّارع ينظر في الأفعال إلى مآلاتها ، فإذا وجد المجتهد فعلاً غير ما نصَّ الشَّارع عليه كالأدلة المتَقَدِّمة مأموراً به لمصلحة أدَّى إلى مفسدة تفوق تلك المصلحة أو تساويها ، كان له بمقتضى هذه القاعدة أن يحكم بحظره ، نظراً إلى ما يؤول إليه من المفسدة الراجحة ، وكذا إذا وجد فعلاً منهياً عنه لمفسدة تترتب عليه ، إلا أنَّ هناك مصلحة تفوق تلك المفسدة ، وهذه المصلحة تترتب على الإذن فيه كان له الأمر به بناءً على ما فيه من مصلحة ، وقد أشار الشَّاطبي إلى ذلك بقوله : « وذلك أنَّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصَّادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل »[2] .

ولأجل هذارأينا مالكاً منع الأمير لا لكون النَّبيّ عليه السَّلام منع من ذلك لاختلاف العلة في المنع ، بل لأنَّه علم أنَّ هذا أصل مقرر في الشَّريعة ، متى ما وجد مقتضيه أعمل .

والعمدة في ذلك نظر المجتهد إلى نتيجة العمل ، وما يعارضها ، ثُمَّ

---

(١) الموافقات جـ٤ ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

(٢) الموافقات ص ١٩٤ .

يرجح ما يراه راجحاً بناء على أصل تقرر وهو : أنَّ التكاليف قصد الله منها مصالح المكلفين الخالصة أو الراجحة ، فإذا أدَّت إلى غير ذلك علم أنَّ التكليف بهما على هذا النحو غير مراد .

دليل العقل :

وهو أنَّ مآلات الأعمال ومصالحها إمَّا أن تكون مقصودة للشَّارع أو لا . فإن قصدت فذلك المطلوب ، وإن لم تقصد أمكن أن يكون المقصود ضدها وهو المفاسد ، وهذا باطل لقيام الدليل على قصد الله تعالى من الأعمال المصالح ، ولا مصلحة لهم مع وجود مفسدة مساوية أو راجحة .

وأيضاً يترتب على عدم اعتبار المآل : ألا ننظر مصلحة من فعل مأمور به ولا مفسدة من فعل منهي عنه ، بل إن حصل شيء من ذلك يكون حصوله اتفاقياً غير لازم للأمر ولا للنهي ، وهذا باطل ، لأنَّ الشَّريعة وضعت لمصالح العباد في العاجل والآجل ، فجعل المقصود غير المصالح بل ضدها ، أو جعل حصولها اتفاقياً غير لازم للتكاليف ، ينافي وضع الشَّريعة . والله أعلم(١) .

يؤخذ ذلك من كلام الشَّاطبي - رحمه الله تعالى - حيث قال : « إنَّ مآلات الأعمال إمَّا أن تكون معتبرةً شرعاً ، أو غير معتبرة ، فإن اعتبرت فهو المطلوب ، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال ، وذلك غير صحيح لما تقَدَّم أنَّ التكاليف لمصالح العباد ، ولا مصلحة تتوقع مطلقاً ، مع إمكان وقوع مفسدة تساويها أو

---

(١) انظر : جـ٤ ص١٩٦ من الموافقات .

تزيد عليها . وأيضاً فإنَّ ذلك يؤدِّي إلى ألا نتطلب مصلحة بفعل مشروع ، ولا نتوقع مفسدة بفعل ممنوع ، وهو خلاف وضع الشَّريعة كما سبق »[1] .

فكان الأمر بالشيء مرهون بما يترتب عليه من مصلحة ، حتَّى إذا أدَّى إلى مفسدة على نحو ما تقدَّم لم يكن مأموراً به لعدم وجود سببه الذي من أجله شرع ، فكان النظر في مآلات الأفعال نظراً في تحقيق مناط الحكم وعلته ، فإذا تحقق المجتهد من وجوده علق به الحكم ، وإذا لم يتحقق من وجوده منع تعلق الحكم به ، ومناط الحكم هنا هو المصالح المترتبة على الأحكام ، فإذا وجدها المجتهد خالصة أو راجحة - كما تقَدَّم - علق عليها مقتضى الأمر من الأحكام ، وإذا عدمها امتنع من ذلك .

والخلاصة من هذه الأدلة أنَّه يفهم منها أنَّ الشَّارع إذا قصد من الأمر أو النهي شيئاً ولزم من حصول ذلك الأمر أو النهي أمرٌ آخر غير ما قصد منه ، قدم الأهم منهما ، فثبت بهذا أنَّ اعتبار المآل في التكاليف أمرٌ شرعي وأنَّ على المجتهد مراعاته عند إرادة الحكم على فعل من الأفعال .

مناقشة هذه الأدلة من قبل المانعين للاستحسان

أولاً : مناقشة الدليل المأخوذ من الكتاب والسنة :

لقد أورد الشَّاطبي على دليل الاستقراء الذي استدلَّ به هنا من الكتاب والسنة على اعتبار المآل ثلاثة اعتراضات :

الأول : أن تتبع الوقائع الجزئية إنَّما يفيد العلم بأنَّ حكم غيرها مما ماثلها مثل حكمها في الأمور العقلية ، لأنَّ الحقائق العقلية لا تختلف

(١) انظر : الموافقات ج٤ ص ١٩٦ .

جزئياتها في الحقيقة ، بل كلها يجملها أمر واحد ، وإن حصل فيها اختلاف فإنَّما هو في أمر خارج عن الحقيقة ، كالطول في زيد والقصر في عبيد مثلاً[1] .

فمثل هذه الحقائق يمكن أن يحكم فيها على الكل بحكم البعض ؛ لأنَّ بقية الجزئيات التي لم تستقرأ أحكامها يمنع العقل مخالفتها لهذه الجزئيات المستقرأة في الحكم .

أمَّا الأمور الوضعية التي لا مجال للعقل فيها كالشَّرعيات ، فليس بلازم فيها أن يكون حكم الشيء مثل حكم مماثله ؛ لأنَّ الشَّارع سبحانه له التصرف المطلق ، فله أن يحكم على المثلين بأحكام مختلفة ، وعلى الضدين بأحكام متفقة ، وأن يجمع بين المختلفات ويفرق بين المؤتلفات في الحكم ، فليس الأمر في وضع الشَّرع مثل ما في الأمور العقلية ، وإذا كان الأمر بين العقليات والشَّرعيات مختلفاً ، فلا يجوز أن نحكم للشَّرعيات بما حكمنا به للعقليات .

وتوضيح ذلك بالمثال : أنَّ الشَّارع قد اعتبر المآل في مسألة سب الأصنام عند أدائه إلى سب الله ، تعالى عن ذلك علواً كبيراً ، وغير ذلك مما جاء فيه اعتبار المآل عن الشَّارع الحكم فيها بمقتضى اعتبار المآل ، وذلك كمسألة بيوع الآجال ، وهي أنَّ يبيع إنسان سلعة بعشرة دراهم إلى أجل ، ثُمَّ يشتريها من مشتريها منه بخمسة نقداً ، وهذا عين الربا ، فما بين هذه المسألة وبين غيرها مما نص الشَّارع فيه على اعتبار المآل من مماثلة ، وهي أنَّ كُلاًّ منها فيه مآله لا يجوز لنا إلحاق غير المنصوص بالنصوص بناء على

(١) انظر : تقريرات دراز على الموافقات جـ٣ ص٣٠١ .

الاستقراء المعنوي ؛ لجواز ألا يكون ما بين هذه المسألة وبين غيرها من مماثلة هو مبنى الحكم .

وحيث كان ذلك جائزاً فلا يصح التعلق بهذا الاستقراء ؛ لعدم إفادته للمطلوب ، وهو كون حكم غير المذكور عن الشَّارع موافقاً للمذكور .

وقد ذكر الشَّاطبي في مبحث العموم أنَّه قسمان : عموم الصيغ ، وهو المشهور عند الأصول ، والعموم المأخوذ من استقراء مواقع المعنى ، وهو أن يرد الحكم في وقائع كثيرةْ منهما فيؤدِّي هذا إلى العلم بأنَّ كل ما ماثلها يأخذ حكمها .

ثُمَّ استدلَّ لهذا القسم الثاني من العموم بالاستقراء الذي هو أحد أدلة القاعدة التي نحن بصدد الحديث عنها ، وهي قاعدة اعتبار المآل ، ثُمَّ أورد على هذا الدليل ثلاثة اعتراضات قائلاً : فإن قيل : اقتناص المعاني الكلية من الوقائع الجزئية غير بيّن من أوجه . ثُمَّ ذكر الاعتراض الأول منها قائلاً : « أحدها : أنَّ ذلك إنَّما يمكن في العقليات لا في الشَّرعيات ، لأنَّ المعاني العقلية بسائط لا تقبل التركيب ، ومتفقة لا تقبل الاختلاف ، فيحكم العقل فيها على الشيء بحكم مثله شاهداً أو غائباً ، لأنَّ فرض خلافه محال عنده ، بخلاف الوضعيات فإنَّها لم توضع وضع العقليات ، وإلا كانت هي هي بعينها ، فلا تكون وضعية ، هذا خلف ، وإذا لم توضع وضعها وإنَّما وضعت على وفق الاختيار الذي يصح معه التفرقة بين الشيء ومثله ، والجمع بين الشيء وضده ونقيضه ، ولم يصح مع ذلك أن يقتنص فيها معنى كلي عام من معنى جزئي خاص »[1] .

---

(١) الموافقات جـ٣ ص٣٠٠، ٣٠١ .

الإجابة عن هذا الاعتراض :

أجيب عن هذا الاعتراض بأنَّا لا نسلم أنَّ اقتناص المعاني الكلية من الجزئية محصور إمكانه على العقليات ، بل يجوز كذلك في المعاني الشَّرعية ، وقولكم : إنَّ المعاني الشرعية لم توضع وضع العقليات ، وإلا كانت هي ، ممنوع ، فإنَّ مجرد شبه شيء بشيء لا يجعله عينه ، فإذاً مع كون الأمور الشَّرعية مغايرة للعقلية يصح اقتناص المعاني الكلية منها كالعقلية [(١)] .

والدليل على صحة هذا عمل السَّلف الصالح بهذه القاعدة ، فقد تركوا الأضحية خوفاً من أنَّ المواظبة عليها توقع في قلوب النَّاس أنَّها واجبة ، وغير ذلك مما يأتي ، فهذا يدلنا على أنَّهم لم يعملوا بمقتضى هذا إلا بعد علمهم من مقاصد الشَّارع جواز ذلك بناء على هذا الاستقراء ، وإذا حصل منهم ذلك ظهر أنَّه لا فرق في إفادة هذا الاستقراء للعمل بموجبه بين قضايا العقول و قضايا الشَّرع .

وإليك نص الشَّاطبي في هذا ، قال : « فالجواب عن الأول أنَّه يمكن في الشَّرعيات إمكانه في العقليات ، والدليل على ذلك قطع السَّلف الصَّالح به في مسائل كثيرة ، فإذا وقع مثله فهو واضح في أنَّ الوضع الاختياري الشَّرعي مماثل للعقلي الاضطراري ؛ لأنَّهم لم يعملوا به حتَّى فهموه من قصد الشَّرع »[(٢)] .

---

(١) انظر : تقريرات الشيخ دراز على الموافقات جـ٣ ص٣٠٣ .

(٢) الموافقات جـ٣ ص٣٠٣ .

الاعتراض الثاني :

حاصل هذا الاعتراض أنَّ الجزئيات التي يراد اتفاقها في الحكم تشترك جميعها في أمر واحد ، وتنفرد كل جزئية منها بأمر يخصها ، والمشترك في مسألتنا هو كون الشيء يطلب لأجل شيء فيؤدِّي إلى سب الله تعالى ، أو كون المطلوب ضحية فيؤدِّي طلبها إلى اعتقاد وجوبها .

وحينئذ لا يخلو الحال من أن يكون متعلق الحكم وسببه هو ذلك الأمر العام ، أو الخاص أو كل منهما .

فإن كان سبب الحكم هو الثاني أو الثالث فلا يفيد هذا حكماً متحداً لاختلاف السبب من جزئية إلى أخرى ، وإن كان سبب الحكم هو الأول جاز أن يكون سبباً لحكم الجميع ، إلا أنَّ كونه سبباً للحكم في جميع الجزئيات يحتاج إلى دليل يدلُّ على ذلك ، فإن وجد الدليل كان المتعلق هو الدليل لا هذا الاستقراء وإن لم يكن دليل لم يفد هذا الاستقراء العلم بالحكم ، فلا يصح التعلق به .

يقول الشَّاطبي مقرراً لهذا الاعتراض : « الاعتراض الثاني : أنَّ الخصوصيات تستلزم من حيث الخصوص معنى زائداً على ذلك المعنى العام ، أو معاني كثيرة ، وهذا واضح في المعقول لأنَّ ما به الاشتراك غير ما به الامتياز ، وإذ ذاك لا يتعين تعلق الحكم الشَّرعي في ذلك الخاص بمجرد الأمر العام دون التعلق بالخاص على الانفراد ، أو بهما معاً ، فلا يتعين متعلق الحكم ، وإذا لم يتعين لم يصح نظم المعنى الكلي من تلك

الجزئيات ، واستفادة معنى عام للاستغناء بعموم صيغة ذلك الدليل عن هذا العناء الطويل »[1] .

الجواب عن هذا الاعتراض :

هو أنَّ السَّلف - رحمهم الله - لم يعملوا بمقتضى هذا المعنى العام إلا بعد علمهم بأنَّ تلك الخصوصيات التي يمتاز بها كل جزئي لا علاقة لها بالحكم ، وإنَّما مناط الحكم هو الأمر العام المشترك بينهما .

يقول الشَّاطبي وأجيب عن الثاني : بأنَّهم - أي السلف - لم ينظموا المعنى العام من القضايا الخاصة حتَّى علموا أنَّ الخصوصيات ، وما به الامتياز غير معتبرة ... »[2] .

الاعتراض الثالث :

هو أنَّنا وجدنا الشَّريعة بالفعل في كثير من المواطن تفرق بين المتماثلات ، وتجمع بين المختلفات ، وهذا يدلُّ على أنَّ وجود المماثلة بين الوقائع الخاصة لا يكسبها حكماً موحداً بينهما بمقتضى هذه المماثلة ، ولو كان ذلك يقتضي التسوية في الحكم لما وجدت هذه التفرقة بين المتماثلات ... إلخ .

ومن أمثلة ذلك أنَّ قذف الحر وقذف العبد مثلاً اختلفا في الحكم ، فحد الأول دون الثاني ، وأنَّ القذف وشرب الخمر متغايران ، ومع ذلك اتحد حكمهما وهو الجلد ثمانين إلى غير ذلك من المسائل من هذا النوع المذكور في كتب الأصول[3] .

---

(١) الموافقات جـ٣ ص٣٠١ .

(٢) المصدر السابق جـ٣ ص ٣٠٣، ٣٠٤ .

(٣) انظر : المصدر السابق جـ٣ ص٣٠٢، ٣٠٤ .

الجواب على هذا : أنَّ تعميم الحكم في الجزئيات غير المنصوص عليها في هذه القاعدة إنَّما يكون إذا عرف المعنى المشترك بينهما ، ولم يكن هناك مانع يمنع من تشريكها في الحكم ، وما ذكرتم من التفرقة بين المتماثلات يجوز أن يكون سبب التفرقة هو وجود المانع ، لا انتفاء وجود موجب الحكم وهو المعنى المشترك بين الجزئيات .

كما أنَّ ما ظهر بين الصور التي ذكرتموها من تماثل ، يجوز أن يكون غير صالح لإناطة الحكم به ، وعلى تسليم التفرقة فيها في الحكم ، فهي صور نادرة ، والغالب المساواة بين المتماثلات في الحكم ، والصور النادرة لا تقدح في الأمر الغالب لإفادته الظن وهو كاف في وجوب العمل .

كذلك المساواة في الحكم بين المختلفات ، يجوز أن يكون لوجود جامع مشترك بينهما لم نهتد إليه

وقد أحال الشَّاطبي في الجواب على هذا الاعتراض على ما أجيب به في القياس ، حيث قال : « وعلى الثالث أنَّه الإشكال المورد على القول بالقياس فالذي أجاب الأصوليون هو الجواب هنا »[1] .

وقد ذكر البيضاوي والإسنوي جواباً على هذا الإشكال في باب القياس ، ونصُّه : « إنَّما ندعي وجوب القياس حيث عرف المعنى ، أي العلة الجامعة مع انتفاء المعارض ، وغالب الأحكام من هذا القبيل ، وما ذكرتم من الصور فإنَّها نادر لا يقدح في حصول الظن الغالب ، لا سيما

---

(١) الموافقات جـ٣ ص٣٠٢، ٣٠٣ .

والفرق بين المتماثلات يجوز أن يكون لانتفاء صلاحية ما يوهم أنَّه جامع ، أو لوجود معارض ، وكذا المختلفات يجوز اشتراكها في معنى جامع»[1] .

ووجه التسوية في الجواب بين قاعدة المآل والقياس ، أنَّ في كل منهما الحكم مبني على المعنى المشترك بين الجزئيات ، أو بين الأصل والفرع .

مناقشة إمام الحرمين والطوسي

لقد قَدَّمْنَا أنَّ ممن أنكر الاستحسان - حسبما ذكره ابن العربي - رجلين من كبار أئمة المذهب الشَّافعي ، هما : إمام الحرمين والطوسي الكبير .

وكلام ابن العربي في إنكارهما لهذا الاستحسان المصلحي فيه بعض الإجمال كما تقَدَّم في النص إذ يحتمل أن يكون المنكر عندهم من هذا النوع من الاستحسان ، هو ما كان مخصصاً لقياس ، وهو ما يسمَّى بتخصيص العلة فقط ، ولا ينكرون الاستحسان بهذا المعنى إذا كان تخصيص عموم .

وسند هذا الاحتمال هو أنَّه قد اشتهر عن الشَّافعي وأتباعه أنَّهم لا يقولون بتخصيص العلة ، وأنَّ تخصيصها سبب في إبطالها ، وذلك أنَّ عندهم من شروط العلة اطرادها وعدم تخلفها ، وتخصيصها يعني تخلفها في بعض الأماكن .

كما يحتمل أن يكون إنكارهم شاملاً للنوعين ، فهم لا يقولون بالتخصيص مطلقاً ، كان المخصص مصلحة أو غيرها ، كما لا يقولون بتخصيص العموم بالمصالح .

---

(١) انظر : الإسنوي جـ٣ ص٢٢ .

وهذا الاحتمال الأخير هو الذي يظهر من كلام ابن العربي ؛ لأنَّه تكلم على النوعين من التخصيص بالمصلحة فقال : العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد . ثُمَّ قال : ولم يفهم الشَّريعة من لم يعمل بالمصلحة ولا رأى تخصيص العلة [1] ، فالظاهر من عطفه « ولا رأى تخصيص العلة » على « من لم يعمل بالمصلحة » المغايرة ، وأنَّه يريد من العمل بالمصلحة العمل بها في غير التخصيص ، فيكون في كلامه تعريض بأنَّ الشَّافعية يمنعون القول بالمصلحة بنوعيها ، كان ذلك تخصيص عموم أو تخصيص قياس ، المعبر عنه بتخصيص العلة ، وعلى كُلِّ حال سنرد كلامهما على كلا الاحتمالين .

الجواب عن الاحتمال الأول :

أمَّا الاحتمال الأول وهو إنكارهم التخصيص ، فهو ينبني على تسليمهم كونها دليلاً ، وإلا لما كان هناك مجال لإنكار التخصيص بها ، إذ ما ليس بدليل لا يقال فيه : إنَّه لا يخصص ؛ لأنَّ التخصيص به فرع الاعتراف بوجوده ، فإذا كان ليس ثابت الوجود فلا ينفي عنه ما يترتب عليه وهو التخصيص .

وبناء على ذلك فسيكون الخلاف في التخصيص - أي تخصيص العلة - من حيث هو خلاف لفظي كما مر تفصيله في تقسيم الاستحسان ، إذ من يمنع تخصيص العلة مراده بالعلة : العلة المستوفية للشروط المنتفية عنها الموانع ، ومن جوز ذلك أراد العلة بقطع النظر عن استيفاء الشروط وانتفاء

(١) أحكام القرآن جـ٢ ص ٧٤٥ ، ٧٤٦ .

الموانع ، فكُلٌّ واحد من الفريقين لو نظر إلى ما نظر إليه الآخر لوافقه ، فبناء على هذا لو كان التخلف في العلة في بعض الأماكن لوجود مانع فيتفق الفريقان على عدم اطراد العلة في هذا المانع ، والتخصيص بالمصلحة من باب الاستدلال بالمانع ، فلا يمنع عندهما ؛ لأنَّ المانع لا يقول : إنَّ ذلك تخصيصٌ ؛ لعدم كمال العلة ، والمجوز يراه تخصيصاً لعدم اشتراطه استيفاء الشروط وانتفاء الموانع . وقد مَرَّ بسط ذلك .

الجواب على الاحتمال الثاني :

فإن أراد بالمنع من الاستحسان ما يشمل نوعيه المتَقَدِّمين ، فالجواب من وجوه :

١ - أنَّ المصلحة من أقوى أنواع القياس كما قال ابن العربي[١] : فإذا جاز التخصيص بالقياس اتفاقاً بيننا وبينكم فكذا يجوز بالمصلحة .

٢ -أنَّ التخصيص بالمصلحة إنَّمَا يكون إذا أوقع تطبيق العموم عموم لفظ ، أو عموم علة في حرج ومشقة ، ومعلوم أنَّ ما يؤدِّي إليهما لا يكون مشروعاً ، لأنَّ الشَّارع نفى الحرج والمشقة ، قال تعالى : ﴿ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** ﴾[٢] ، ونفي الحرج من القواعد التي قامت الأدلة التي لا حصر لها على اعتبارها ، فإذا جانب المصلحة تقوى ، فلا مانع من تخصيص العموم بها ، لا سيما وأنَّ العموم دلالته ظنية .

يقول ابن العربي في مسألة تقديم القواعد على الظواهر وهو بصدد

---

(١) أحكام القرآن جـ٢ ص ٦٨٣ .

(٢) سورة الحج : الآية ٧٨ .

بيان جواز قتل الجماعة بالواحد وأنَّ في عدم قتلهم ضياع النُّفوس ، وحفظ النَّفْس قاعدة من القواعد الثابتة ، والمانع منها إنَّما هو ما اقتضاه ظاهر العموم من المساواة ، قال في ذلك : « والجواب أنَّ مراعاة القاعدة أولى من مراعاة الألفاظ »[1] ، ومراعاة القاعدة في الاستحسان هو نفي الحرج ، فيكون أولى من مراعاة ما اقتضاه ظاهر العموم من شمول جميع الأفراد .

٣- ثبت تخصيص الشَّافعية أنفسهم بالمصلحة - كما يأتي - من جواز بيع حصر الوقف البالية[2] ، ومن تخصيص القياس بالمصلحة[3] .

والعمل بالتخصيص خير شاهد على عدم الالتفات إلى الإنكار ، لا سيما وأنَّ هذا ليس عملاً مجرداً ، بل عملاً خرجه أئمتهم على هذا الدليل كما يأتي تفصيله في بحث التفريع والتطبيق .

***

---

(١) أحكام القرآن جـ١ ص ٦٥ .

(٢) البحر المحيط جـ٣ ص ١٧٤ .

(٣) المصدر السابق جـ٣ ص ٢٤١ .

المبحث الخامس
في رأي بعض المعاصرين في الاستحسان ومناقشته

هناك فريقان من النَّاس : فريق أفرطوا وتغالوا في اتباع المصلحة حتَّى ذهبوا إلى أنَّها تقف من النصوص موقف المعطل لدلالتها على الأحكام ، ويرون تقديمها على النصوص ، ونسبوا ذلك لبعض الصحابة وغيرهم من الأئمَّة أهل المذاهب .

وفريق فرطوا فأضعفوا جانب المصلحة بقدر ما بالغ الفريق الأول في تقوية مكانتها ، فمنع هذا الفريق أن تقف من النصوص موقف المعارض المتقدم عليها [1]، بل منع من تخصيصها النصوص وأنكر على من ذهب إلى ذلك من الباحثين المحدثين ، ونفى هذا الفريق أن يكون أحد من الأئمَّة يرى التخصيص بالمصلحة ، وحاول رد بعض الفروع التي ذكر فيها تخصيص المصلحة للنصوص عند المالكية إلى أنَّ المخصص فيها دليل آخر غير المصلحة ، كما حاول نفي نسبة البعض الآخر إلى الإمام مالك .

وسأتناول في هذا المبحث الرد على الـمُفَرِّطين المانعين للتخصيص ، ثُمَّ الرد على الـمُفْرِطين .

الرد على مَنْ منعوا التخصيص :

ومن هؤلاء صاحب رسالة ضوابط المصلحة ، وقد قَدَّمْنَا شطراً من كلامه عند عرض المذاهب في الاستحسان ، وهاك نصوصه المتضمنة

---

(١) لقد رد على هؤلاء صاحب ضوابط المصلحة في ص ١٤٠ وما بعدها ، وص١٧٧ وما بعدها .

لوجهة نظره ، ثُمَّ نعقبها بالتحليل والتلخيص ، ثُمَّ الردّ عليها نقطة نقطة . وبالله التوفيق .

نصوص صاحب الضوابط :

قال : « لا يقال : إنَّ المصلحة المرسلة المقابلة لعموم النص أو إطلاقه تخصصه أو تقيده ، وبذلك يعمل بكُلٍّ من الدليلين كما هو الشَّأن في القياس حيال عموم النص وإطلاقه ، أقول : لا يقال ذلك ؛ لأنَّ التخصيص والتقييد فرع عن صحة الدليل المخصص أو المقيد واعتباره ، وإنَّما يتوقف اعتبار المصلحة المرسلة على عدم تعارضها مع أي دليل شرعي صحيح ، وكل من عموم النص وإطلاقه دليل شرعي يجب العمل به ما لم يوجد دليل شرعي آخر يخصصه أو يقيده ، وبذلك يصبح تعرض المصلحة المرسلة لتخصيص النص أو تقييده إبطالاً لحقيقتها [1] ، وليس شأن القياس كذلك ، إذ لم يقل أحد : إنَّ حقيقته تتوقف على عدم معارضته لعموم النص أو إطلاقه ، وإنَّما تتكون حقيقته من أركانه ، ويتكامل اعتباره بتوافر شروطه ، فإذا اجتمع ذلك فقد أصبح دليلاً شرعياً صحيحاً ، وبذلك يمكنه تخصيص أو تقييد النصوص »[2] .

ثُمَّ قال : « إن قلت : فكيف هذا مع أنَّ كثيراً من الكاتبين مثل للمصالح المرسلة خصوصاً عند مالك بما يعارض عموم النص أو إطلاقه ، بل وقد صَرَّحَ بعضهم بأنَّ المالكية يرون تخصيص العام وتقييد المطلق

---

(١) ضوابط المصلحة ص ٣٣٤ .

(٢) المرجع السابق ص٣٣٥ .

بالمصالح المرسلة ، ومن أشهر الأمثلة التي يسوقونها لذلك ما ينسب إلى مالك من المسائل التالية » . وذكر الأمثلة لذلك ، ثُمَّ قال :

« والحقيقة هي أنَّ أحداً من الأئمة الأربعة لم يقل بتخصيص المصلحة المجردة للنص أو تقييدها للمطلق ، لم يقل أحد منهم ذلك لا في أصول فقهه ، ولا في جزئيات فتاويه ، وإنَّما التصق مثل هذا بمالك بسبب نقل الآراء والفتاوى عن فقهه دون تحرير لها ، أو تدقيق في دليلها ومدركها ، بل وبدون الرجوع في كثير من الأحيان إلى كتب المذهب نفسه ، اكتفاء بشهرة التناقل عنه وعن أصحابه ، ولقد أحسن ابن شاس حينما أنكر ذلك في كتابه التحرير قائلاً : « إنَّ أقواله تؤخذ من كتبه وكتب أصحابه لا من نقل الناقلين »[1] .

ولقد ازداد هذا الوهم تناقلاً وشدةً في عصرنا الحديث ، ولقي مزيداً من التشجيع والدعوة إليه ، لأنَّ فيه استجابةً لصبغ كثير من مظاهر الحضارة الغربية الجانحة بصبغة الإسلام باسم المصلحة والحاجة »[2] .

وقال في موضع آخر : إنَّه لا يوجد في فقه الإمام مالك ما يسمى بتخصيص المصلحة المرسلة أو المجردة للسنة أو الكتاب ، بل ولا يتصور كما قلنا أن تأتي المصلحة المرسلة مخالفة لكتاب أو سنة ، إذ إنَّ ذلك إخلالٌ بإرسالها [3] .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ ص ١٦٦ .

(٢) ضوابط المصلحة ٣٣٦ .

(٣) المرجع السابق ص ١٨٨ .

وملخص كلامه ينحصر في الآتي :

١ - أنَّ في تخصيص المصلحة للنصوص إبطالاً لحقيقتها ، فلا تكون حينئذ مخصصة .

٢- تفنيده للتخصيص المقول به في بعض الفتاوى .

٣- نفيه لأن يكون لأحد من الأئمة فتوى فيها تخصيص نص بمصلحة مرسلة ، وأنَّ ذلك غير وارد لا في كتب الأصول ولا في كتب الفروع .

٤ - أنَّ القول بذلك باعثه صبغ كثير من مظاهر الحضارة بصبغة إسلامية .

الرد على صاحب الضوابط

لقد تكلم صاحب الضوابط في نصوصه هذه على نفي التخصيص بالمصلحة المرسلة ، فأنكر وجود شيء من ذلك عند جميع الأئمة الأربعة وبخاصة المالكية الذين اشتهر عنهم ذلك على لسان الباحثين على حد تعبيره ، وقد تعرض في أماكن كثيرة من بحثه إلى الردّ على من يظنون أو يعتقدون جواز إلغاء النصوص بالمصلحة ، روماً منهم لصبغ مظاهر الحضارة الجائحة بصبغة إسلامية حتَّى يتسنى لهم الأخذ بهذه الحضارة من غير أن يقال فيهم : إنَّهم خرجوا على نصوص الشَّريعة ورسومها ، ورأى أنَّ مثل هذه الآراء تؤدِّي إلى إلغاء الشَّريعة شيئاً فشيئاً تحت ستار المصلحة المرسلة والحاجة .

ولَعَلَّ إنكاره التخصيص مبني على هذا الجانب ، فهو يمنعه لأنَّه عنده وإن لم يكن إلغاءً للنصوص تماماً فهو إلغاء لبعض مدلولها ، ثُمَّ هو أيضاً

ذريعة إلى إلغاء جميع النصوص مآلاً ، وكلا الجانبين يعد من المصلحة التي أجمع العلماء على ردِّها ، كما أنَّه يخرج المصلحة من حظيرة الإرسال إلى حقيقة الإلغاء إلا أنَّ حرص هذا الباحث على حفظ الشَّريعة وعدم التلاعب بها لا يمنعنا من بيان الواقع في هذه المسألة ، إذ الشَّريعة ينبغي أن تحفظ بما جعله الله حافظاً لها لا بمجرد العواطف الخالية من ذلك ، على أنَّ مَنْ رأى التخصيص لقد حسن قصده قطعاً ، ووافق صنيعه وضعاً فإنَّه يرى أنَّ ذلك من ضمن بيان الشَّريعة وتبليغها وتوضيحها للخلف ، فلا يمكننا والحالة هذه أن نقف عن أمر مشروع لما نتوهمه في الجهر من الخروج به عن مقصوده .

كما أنَّه قد سلمت ساحتهم من تهمة صبغة مسائل الشريعة بصبغةالحضارة لتقدمهم في زمن لم تطل فيه هذه الحضارة بشرها على البشرية أو على المسلمين منها على الأقل ، وأعني بهؤلاء مَنْ سنورد مسائلهم الصارخة بجواز التخصيص قولاً وفعلاً . والرد عليه في هذا إجمالاً وتفصيلاً :

الرد الإجمالي :

أولاً : إنَّ منع التخصيص بالمصلحة المرسلة غير مسلم ، ذلك لأنَّ تخصيص الأدلة ببعضها البعض جائز ، والمصلحة دليل من الأدلة الشَّرعية عند المخصص بها ، فلا مانع من التخصيص بها كسائر الأدلة .

ثانياً : إنَّ القياس يجوز التخصيص به كما ذكرت في نصك المَتَقَدِّم ، والمصلحة نوع من القياس بل من أقوى أنواعه ، قال ابن العربي وهو يخصص بعض الأدلة بالمصلحة : « وهذا من باب تخصيص العموم

بالمصالح . . والمصلحة من أقوى أنواع القياس »[1]، فيجوز التخصيص بها كما جاز بأصلها .

ثالثاً : إنَّ التخصيص هو إخراج بعض ما تناوله اللفظ في الظاهر من غير أن يريد المتكلم شمول اللفظ لذلك البعض لا إخراج مما اشتمل عليه في الواقع ، إذ المخرج غير داخل في الدليل حقيقة ، أي ليس داخلاً حكمه في الدليل .

فإذا كان هذا معنى التخصيص فالأساس الذي بني عليه المنع وهو خروج المصلحة عن حقيقتها بكونها مصادمة للنصوص ، غير صحيح ، لأنَّ التخصيص ليس معناه مصادمة النص ، إذ ليس هناك تصادم بين ما دلت عليه المصلحة المخصصة ، وما دلَّ عليه الدليل المخصص ، إذ كُلٌّ منهما عمل في جهة مغايرة لما عمل فيها الآخر كما قَدَّمْنَا ، فلم يصطدما .

الرد تفصيلاً :

يقول سيادته : إنَّ التخصيص بها يستلزم إبطال حقيقتها ، وبيان ذلك أنَّ المصلحة المرسلة هي ما لم يرد دليل معين باعتبارها ولا بإلغائها ، فإذا خصصت دليلاً فمعنى ذلك أنَّها وقفت موقف المعارض ، فمعنى هذا أنَّ هناك دليلاً يلغيها ، فلا تكون مرسلة بل مقيدة بالإلغاء ، فتكون ملغاة متفقاً على ردِّها ، هذا مراده .

---

(١) أحكام القرآن جـ٢ ص ٦٨٣ .

أولاً : الرد على النقطة الأولى :

والرد عليها من وجوه :

١ - إنَّ تخصيصها للنصوص لم يخرجها عن حقيقتها ، بل هي على حقيقتها ، وبيان ذلك أنَّ الطائفة المخرجة التي استدل عليها بالمصلحة لم يدلّ عليها دليل بالاعتبار ولا بالإلغاء ، وما يظهر في المصلحة من مخالفة للنص فإنَّما ذلك مخالفة في الظاهر ، أمَّا في الواقع فليس شاملاً لما حكمنا فيه بالمصلحة .

وتوضيح ذلك بالمثال : أنَّ المرأة يجب عليها إرضاع ولدها عند المالكية مثلاً بقوله تعالى : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ** ﴾ [(١)]، والوالدات عام يشمل الوالدة الشَّريفة وغيرها ظاهراً ، إلا أنَّ المراد منهن بحكم الوجوب غير الشرائف شأن التخصيص ، فأخرجنا الشَّريفة بدليل المصلحة لأنَّ في إرضاعها مخالفة لما اعتيد في قومها ، فيكون المعنى الحقيقي للآية وجوب الإرضاع على الشَّريفات ، فيكون حكم الشريفة مسكوت عنه ، أي لم يدل دليل معين على إيجاب الرضاع عليها كما لم يدل دليل على عدم الإيجاب ، إلا أنَّ عدم وجوب الإرضاع عليها مصلحة لها ، وجري على المألوف في مثيلاتها ، فحكم بعدم الوجوب لذلك ، هذا بناء على أنَّ في المثال مصلحة ، وسيأتي له زيادة كلام إن شاء الله تعالى .

٢- ويدلُّ على أنَّ المراد ما قَدَّمْنَاه وأنَّ التخصيص لا يخرج المصلحة

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ .

عن حقيقتها أنَّه لا يوجد استحسان مصلحي ، وهو قد قيل به في جميع المذاهب - كما مَرَّ - إلا وقد ظهر فيه المخالفة للأدلة ، ولكن بالبيان يتضح الحال ويزول الإشكال ، وقد مَرَّ بيان ذلك وسيأتي أيضاً .

كذلك إنَّ جميع مَنْ تكلموا في المصلحة ذكروا فيها الاستحسان وهو التخصيص بالمصلحة ، أفترى فات عليهم أنَّ من شرط المصلحة عدم المعارضة فأطبقوا كلهم على ذكر مايخالف شرط المصلحة؟ لا يعقل ذلك! .

ولنسلم أنَّهم ما تنبهوا لهذا الشَّرط فجاء وأخطأ بما يخالفه ، فما الحكم إذا صرحوا بأنَّ بعض المصلحة تظهر فيه المعارضة ، هل يكون لهذا الوهم والتمحل مجال ؟

يقول القرافي في شرح المحصول : « سؤال : ما الفرق بين المصلحة المرسلة والاستحسان ، فقد جعلتموهما مدركين مع أنَّه لا معنى للاستحسان إلا مصلحة خالصة أو راجحة تقع في نفس الناظر ؟

جوابه : الاستحسان أخص ، لأنَّنا نشترط فيه أن يكون له معارض مرجوح ويرجح الاستحسان عليه ، والمصلحة لا يشترط فيها معارض بل قد يقع تسليمه عن المعارض ، وهو أي المعارض متعين في الاستحسان دون المصلحة المرسلة »(١) .

فنصُّه واضح في أنَّ بعض المصلحة يعارض الأدلة في الظاهر ، وبعضها لا يعارض ، مع أنَّه ممن يشترطون شرط المعارضة .

كذلك جاءت عبارة الشَّاطبي مفيدة لما أفاده القرافي ، حيث قال في

---

(١) نفائس الأصول جـ٣ ص ٢٠٢ .

مثال مثَّل به للمصلحة ثُمَّ مثَّل به للاستحسان ، وهو تضمين الصناع : « فإن قيل : فهذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان ، قلنا : نعم ، إلا أنَّهم صوروا الاستحسان بصورة الاستثناء من القواعد ، بخلاف المصالح المرسلة »[1] ، ومعلومٌ أنَّ تضمين الصناع فيه تخصيص دليل القياس بالمصلحة كما قال ابن رشد[2] .

أفيقال : إنَّ تصريحهم بأنَّ التخصيص يجامع القول بالمصلحة المرسلة نشأ عن نسيانهم شرطهم ، ولم لا يقال : إنَّ منع التخصيص بالمصلحة وجعله خروجاً بالمصلحة عن حقيقتها نشأ من عدم فهم المراد بالمصلحة أو من عدم تتبع عبارات مَنْ تكلموا في المصلحة ، فجاء التضييق في محيطها ، والأصل في التضييق : « ضيق الباع » ، كما يقولون .

كذلك نرى الغزالي قد تكلم في المصلحة واعترف بها ، وسلم له صاحب الضوابط قوله بالمصلحة ، مع أنَّه لم يذكر فيها إلا جانب الاستحسان أو النوع الذي له معارض ، فكيف لم يمنع ذلك عند الغزالي ومنعه عند غيره ؟ قد يقال : إنَّ المصلحة التي ذكرها الغزالي متفقٌ عليها بين العلماء القائمين على الأقل ؛ لأنَّ مراعاة الأمور الضرورية قد قام عليها الإجماع وتضافرت عليها النصوص ، والغزالي في المستصفى لم يعترف إلا بهذا - قد يقال دفعاً لما تقَدَّم ذلك .

ولكن هذا إنَّما ينفع لو كان الغزالي انحصر مذهبه في هذا النوع ، ولكننا نجده قد جوز اتباع الحاجي مخصصاً للنص كما في شفاء الغليل ،

---

(١) الاعتصام جـ٢ ص٣٢٤ .

(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص٢١٩ .

وقد تقَدَّم البحث مستفيضاً ، بل إنَّ صاحب الضوابط لا يرى مبرراً للغزالي في اختياره بعض أنواع المصلحة للعمل به ، ويرى أنَّه طالما اندرجتْ المصلحة تحت مقاصد الشَّريعة لا فضل لنوع دون نوع ، فإذاً كيف جوزها مخصصة عند الغزالي ومنعها عند غيره مع أنَّها هي هي لا خلاف فيها من حيث الحقيقة ، وإنَّما الخلاف في جواز العمل بها بجميع أنواعها أو بعضها (١) .

كذلك يردُّ هذا الزعم أنَّنَا قَدَّمْنَا في عرض مذهب من يجيز الاستحسان عملهم بهذا التخصيص ، وسيأتي كثير منه ، مع تصريحهم أحياناً بأنَّ هذا استحسانٌ ومصلحة ، ولو كان ذلك إخراجاً لها عن حقيقتها لما تواطئوا على ذكره . والله أعلم .

ثانياً : الرد على تجويزه التخصيص بالقياس دون المصلحة :

اعتمد في هذه التفرقة بينهما على أنَّه ليس في التخصيص بالقياس إبطال الحقيقة ، فلذا صَحَّ التخصيص به بخلاف المصلحة .

الجواب : أنَّا لا نسلم القول بأنَّ التخصيص بالقياس لا يخرجه عن حقيقته ، بل يخرجه عن حقيقته ، ومقتضى هذا ألا يصح التخصيص به .

وبيان كون القياس يخرجه التخصيص به عن حقيقته أنَّ شرط العمل بالقياس ألا يكون في مقابلة نص ، والحقيقة إنَّما تعتبر باستيفاء شروطها ، فإذا اختل شرطها فقد اختل اعتبار الحقيقة ، فإذا خصص به النص فقد فقدت حقيقته لفقدان شرطها ، فمقتضى هذا ألا يصح التخصيص به كالمصلحة .

---

(١) راجع ما كتبناه عن الغزالي في هذا البحث .

قد يقال : إنَّ التخصيص بالقياس يغاير العمل به في مقابلة النص ، والممنوع إنَّما هو العمل به في مقابلة النص .

قلنا : يقال : إنَّ الممنوع في المصلحة أيضاً العمل بها إذا عارضها نص أو صادمها ، بحيث لا يمكن الجمع بينهما ، أمَّا ما ذكرته من المعارضة فهو في الحقيقة لا معارضة ، فلا يكون مانعاً للعمل بها .

قد يقال : إنَّ العلماء جوزوا التخصيص بالقياس ولم يجوزوا التخصيص بالمصلحة ، قلنا : هذا لا يصح ، فإنَّهم جوزوا التخصيص بالمصلحة ، وجعلوها من أقوى أنواع القياس ، وعملوا بمقتضى ذلك كما تقَدَّم وكما يأتي .

قد جعل صاحب ضوابط المصلحة الفرق بين القياس والمصلحة من حيث جواز التخصيص وعدمه ، هو أنَّ التخصيص بالقياس أو التقييد به إنَّما هو في الحقيقة تخصيص نص بمثله ؛ لأنَّ قوة القياس مستمدة من الأصل المعتمد عليه .

والجواب : أنَّنَا نقول : إنَّ التخصيص بالمصلحة إنَّما هو في الحقيقة من قبيل تخصيص أو تقييد نصٍّ بمثله ؛ لأنَّ المصلحة وصلاحيتها للتخصيص مستمدة من الأصل ، بل من الأصول المعتمدة عليها التي أفادت القطع بها .

ومن أجل ذلك رأى الكمال بن الهمام تخصيص النص بالمصلحة ودفع الحرج ، ورأى أنَّ التخصيص في الحقيقة إنَّما هو بالنص الذي ارتكز

عليه نفي الحرج ، فقد قال حينما منع بعض العلماء التخصيص للنصوص بالحاجة : إنَّ هذا ممنوع ، بل البلوى تعتبر إذا تحققت بالنص النافي للحرج [1] .

فأنت تراه قد خصَّصَ النص بنفي الحرج المستند على الأدلة العامة ، وهذا هو المصلحة بعينها .

ثالثاً : الرد على قوله : إنَّه لم يقل أحد من الأئمة بالتخصيص :

إن أراد من نفي القول عن الأئمة التلفظ بهذه المادة (خ ص ص) ، فقد تصح دعواه ، مع علمنا بأنَّه لم يستقرىء جميع فتاوى الأئمة بالمصلحة ، فلَعَلَّ فيها التخصيص بالمصلحة بالقول ، بأن يقول أحدهم : هذا مخصص بالمصلحة أو ما يفيد ذلك .

وإن أراد أنَّه لم يقع عمل بالتخصيص بالمصلحة ، فإنَّ هذه دعوى تخالف الواقع ، ولو بذل صاحب هذه الدعوى بعضاً من الوقت في بعض كتب الأصول لوقف على التخصيص بالمصلحة قولاً وفعلاً ، لا سيما وأنَّ بعض الكتب التي ذكرت ذلك من مراجعه ، وإليك النصوص الدالة على التخصيص بالمصلحة تصريحاً ، والفروع التي استدلَّ عليها بالمصلحة المخصصة :

---

(١) تعليل الأحكام ص ٣٦٣ .

رابعاً : قول المالكية بالتخصيص :

١ – لقد ذكر ابن العربي التخصيص بالمصلحة كثيراً في أحكام القرآن ، وتناقل ذلك عنه بعض العلماء : كالشَّاطبي في كتابيه : الموافقات والاعتصام، من ذلك قوله :

« والاستحسان عندنا وعند الحنفية هوالعمل بأقوى الدليلين ، وقد بيَّنا ذلك في مسائل الخلاف ، ونكتته المجزئة هنا أنَّ العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد ، فإنَّ مالكاً وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى ، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ، ويرى مالك وأبو حنيفة تخصيص القياس ونقض العلة ، ولا يرى الشَّافعي لعلة الشَّرع إذا ثبتت تخصيصاً ، ولم يفهم الشريعة من لم يحكم بالمصلحة ولا رأى تخصيص العلة »[١].

فهذا ابن العربي حجة المذهب ونابغة عصره قد نسب التخصيص لمالك وأبي حنيفة بقوله : « يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى ، ومن ذلك المصلحة لأنَّها ثبتت حجيتها عندهما »، وأكد تخصيص مالك بالمصلحة بقوله : « ويستحسن مالك أن يخصص بالمصلحة » ، بل لم يكتف بهذا حتَّى جعل مَنْ لم يحكم بالمصلحة مخصصاً بها ، مجافياً لفهم الشَّريعة ، عارياً عن درك مراميها ، أفبعد هذا يقال : إنَّ المالكية لا يقولون بتخصيص المصلحة .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص ٧٤٥، ٧٤٦ .

وقد ورد هذا النص في أهم مراجع الباحثين في المصلحة : « الموافقات والاعتصام » [1] .

٢- كذلك ذكر ابن العربي أنَّ الحلال - غير المحرم - لو صاد صيداً من الحل فأدخله في الحرم ، جاز له الذبح وجميع أنواع التصرف ، مع أنَّ ظاهر العموم المنع من ذلك ، وهو قوله تعالى : ﴿ **لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ** ﴾ [2] .

وبيان ذلك أنَّ الحُرُم جمع حرام ، وقد نهى الله عن قتل الصيد لكُلِّ مَنْ هو حرام ، والحرام له معان : مَنْ دخل في الأشهر الحرم ، ومَنْ تلبس بالإحرام ، ومَنْ دخل الحرم . قال القرطبي : والمعنى الأول غير مراد هنا بالإجماع ، فيبقى المعنيان الأخيران [3] ، ومَنْ ذبح الصيد المصاد من الحل داخل في النهي ؛ لأنَّه حرام لدخوله في الحرم ، فالظاهر منعه ولكنه استثني من هذا العموم ولم يرد دخوله فيه ، بل المقصود غيره ، وهذا هو مذهب مالك لم نرفيه خلافاً [4] ، وإنَّما أبيح له ذلك بناءً على دليل المصلحة ؛ لأنَّ في منعه مشقة لطول مقامه في الحرم واحتياجه للصيد ، فخص هذا الدليل بالمصلحة .

وإليك نص ابن العربي ، قال : « فإن صاده الحلال في الحل فأدخله

---

(١) انظر : الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ ، الاعتصام جـ٢ ص٣١٩ .
(٢) سورة المائدة : الآية ٩٥ .
(٣) تفسير القرطبي جـ ص .
(٤) انظر : خليل مع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ٢ ص ٧٠ ، الأميرية .

في الحرم جاز له التصرف فيه بكُلِّ نوع من ذبحه وأكل لحمه ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز »[1] .

ثُمَّ ذكر أنَّ من أدلة المالكية على الجواز قوله : « إنَّ المقام في الحرم يدوم والإحرام ينقطع ، فلو حَرَّمْنَا عليه ذلك في الحرم لأدَّى إلى مشقة عظيمة ، فسقط التكليف عنه فيه لذلك ، وهذا من باب تخصيص العموم بالمصالح ، وقد عهدناه في أصول الفقه ، والمصلحة من أقوى أنواع القياس »[1] .

فقد أثبت أنَّ هذا تخصيص بالمصلحة ، بل جعلها من أقوى أنواع القياس ، ومعناه - والله أعلم - أنَّ القياس بجميع أنواعه يجوز التخصيص به فأولى ما كان من أقوى أنواعه .

وقال في مسألة قتل الجماعة بالواحد في تفسير قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ احتجَّ علماؤنا على أحمد بن حنبل في قوله : «لا تقتل الجماعة بالواحد » ، قال : لأنَّ الله شرط في القصاص المساواة ، ولا مساواة بين الواحد والجماعة . ثُمَّ قال : الجواب ، أنَّ مراعاة القاعدة أولى من مراعاة الألفاظ [2] . والقاعدة المرادة هنا قاعدة المصالح المرسلة .

وقد صَرَّحَ بالتخصيص في هذه المسألة في سورة المائدة حيث قال : « قلنا : هذا عموم تخصه حكمته ، فإنَّ الله سبحانه إنَّما قتل من قتل صيانة

---

(١) أحكام القرآن جـ٢ ص٦٨٣ .

(١) المصدر السابق جـ٢ ص٦٨٣ .

(٢) المصدر السابق جـ١ ص ٦٥ .

للأنفس عن القتل »[1] . وقد مررت على تفسيره من أوله إلى آخره ، فوجدته قد ذكر المصلحة المرسلة تأصيلاً وتفريعاً .

هذا بعض ما ذكره ابن العربي في هذا الشأن ، وإليك ما ذكره الشَّاطبي والقرافي :

قال الشَّاطبي في مسألة تضمين الأجير : « وقد مثَّل بها للاستحسان تارة ، وللمصالح المرسلة تارة أخرى » . ووجه الاستحسان فيها ما أشار إليه الشَّاطبي حيث قال : « فإنَّ الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية ، فصار تضمينهم في حيز المستثنى من ذلك الدليل ، فدخل تحت معنى الاستحسان »[2] .

وقال القرافي : « إنَّ من الأيدي المؤتمنة يد الأجراء » ، ثُمَّ قال : « واستثنى مالك صورتين :

الأولى : الأجير الذي يؤثر في الأعيان بصنعته .

والثانية : الأجير على حمل الطعام الذي تتوق النفس إلى تناوله : كالفواكه والأشربة والأطعمة المطبوخة ، فإنَّ الأجير يضمنه سداً لذريعة تناولها »[3] .

---

(١) أحكام القرآن جـ١ ص٦٢٤ .

(٢) الاعتصام جـ٢ ص٣٢٤ .

(٣) الفروق جـ٢ ص٢١٧ ، ٢٠٨ .

خامساً : قول الحنفية بالتخصيص :

لقد قَدَّمْنَا أنَّ الكمال بن الهمام صَرَّحَ بجواز تخصيص النص بما تعم به البلوى من الحاجة والحرج ، وقد روي أيضاً عن أبي يوسف جواز رعي حشيش الحرم للحرج الذي يلحق الحجيج إذا منعوا الدواب منه ، فاستثنى من النص المانع من قطع نبات الحرم : الحشيش إذا احتيج إليه ، وخص المنع فيما يبدو بغير حالة الحاجة [1] ، وقد تقَدَّم هذا .

ومثل هذا إتلاف مال الكفار إذا لم يمكن المسلمون الانتفاع به ولا حمله ولو ترك لانتفع به الكفار مع عموم النهي عن إتلاف المال [2] ، وغير ذلك من الفروع المخرجة على أصل المصلحة وفيها تخصيص الأدلة . على أن نفي صاحب الضوابط للتخصيص عند الحنفية يناقض ما أثبته هو بنفسه في بحثه من أنَّهم يقولون بالمصلحة وأنَّها تذكر عندهم تحت عنوان الاستحسان . ووجه المناقضة :

١ - أنَّ معنى الاستحسان الذي يمكن قبوله لا يكون إلا في مجال التخصيص .

٢ - أنَّ المثال الذي مثل به وهو تضمين الأجير المشترك ، فيه تخصيص بالمصلحة كما مَرَّ مراراً ، ومَرَّ وجه كونه تخصيصاً بالمصلحة ، وجميع هذه التناقضات ، وإغضاء النظر عن النصوص المفيدة للتخصيص يجعلنا نظن

---

(١) تعليل الأحكام ص٣٦٣ .

(٢) المرجع السابق ص٣٦١ .

أنَّ صاحب الضوابط إنَّما يكره لفظ التخصيص لما يراه فيه من محظور لا حقيقة التخصيص ، إلا أن يكون يحشر الكلام حشراً من غير أن ينظر إلى مضمونه [1] .

التخصيص بالمصلحة عند الشَّافعية

لقد مر ذكر شيء من ذلك عن الشَّافعية في عرض المذاهب في الاستحسان ، وقد مَرَّ أنَّ بعض العلماء وجد في المصلحة بين مذهب الشَّافعي فيها المشترط للتقريب من الأصول ومذهب الغزالي المشترط فيها الشروط الثلاثة المقدمة .

وقد ناقشنا هذا الاتجاه فيما تقَدَّم ، ومحل الشاهد منه هنا هو أنَّ في ذلك على أي رأي في تصور مذهب الشَّافعي تخصيصاً بالمصلحة المرسلة ، والمدعي لم يفرق في نفي التخصيص بين أنواع المصالح ، بل نفى التخصيص بها مطلقاً ضرورية وغيرها ، فإذا قال : إنَّما أقصد غير الضروري لقيام الإجماع على اعتباره وتضافر الأدلة على مراعاته ، فليست المصلحة في ذلك محل نزاع .

قلنا له : قد ثبت التخصيص بغير الضروري كالحاجي مثلاً ، وهو مذهب الغزالي في الشفاء .

ومن أمثلة التخصيص بالمصلحة الضرورية : قتل المسلم المتترس به ، فجوز استثناء من نهي قتل النفس بغير حق ، ولا يخفى توجيه التخصيص بالمصلحة هنا ، وقد مَرَّ في مبحث المصلحة المرسلة فيرجع إلى بيانه هناك .

(١) انظر : ضوابط المصلحة ص٣٨٢ وما بعدها .

أمَّا أمثلة الحاجي فهو ما أشار إليه الغزالي من جواز التخصيص بالحاجي .

وقبل ذلك نقدم مقدمة ، وهي : أنَّ أمر النكاح بالنسبة للناس من قبيل الحاجي ؛ لأنَّ تركه لا يترتب عليه ضياع واحد من الخمسة الضرورية ، نعم تلحق بتركه مشقة وهذا بالنسبة للأفراد ، أمَّا بالنسبة للأمَّة جمعاء فهو ضروري لتوقف وجود النسل عليه ، ووجود النوع الإنساني الذي بوجوده يحصل التكليف بأمور الدِّين [1] .

وقد مثَّل الغزالي لهذه المصلحة بامرأة المفقود إذا طالت غيبة الزوج عنها وانقطعت الأخبار واندرست الآثار .

فبعض العلماء جوز لها أن تنكح إذا طالت عليها المدة تنزيلاً على هذا الأصل « المصالح » [2] ، ومنهم عمر - رضي الله عنه - والشَّافعي في القديم .

قال الغزالي : وللقول القديم الموافق لرأي عمر - رضي الله عنه - وجه لا يخفى تقريره [3] .

ووجه الاستحسان والتخصيص أنَّ المرأة ذات زوج ، ولَعَلَّ زوجها يأتي في أية لحظة فلا يجوز تسليمها لغيره .

ولكن الضرر الذي يصيب المرأة بسبب طول المدة خصص ذلك ، فحكم فيها بناء على المصلحة ، واستثنيت من منع نكاح ذات الزوج . والله أعلم .

---

(١) انظر : شفاء العليل ص٢٦١ .

(٢) المصدر السابق ص٢٦٢ .

(٣) المصدر السابق ص٢٦٢ .

الحنابلة والتخصيص

لقد قَدَّمْنَا أنَّ تخصيص المصلحة للأدلة ثابت عن الأربعة ، وهنا نقول : إنَّ هذا ليس مقصوراً عليهم ، بل لهم في ذلك سلف صالح أعلم النَّاس بهذه الشَّريعة ، وخير الأمة بعد الصحابة وهم التابعون جاء عنهم ما يفيد جوازاً التخصيص بالمصالح ، من ذلك قول عمر بن عبد العزيز -رضي الله عنه- : « تحدث للنَّاس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور »[1] .

وقد فسَّر العلماء كلامه هذا بما يفيد جواز التخصيص كالقرافي والشَّاطبي .

كلام القرافي في تفسير هذا النص :

قد جعل القرافي كل ما لم يرد فيه نص لعدم وجود سببه في الصدر الأول ، ثُمَّ وجدت أسبابه ، أنَّه يجوز فعله لا لأنَّه إحداث شرع جديد ، بل لأنَّه مندرج تحت الشَّريعة .

يقول - رحمه الله - في ذلك : « ما لم يرد فيه النصوص ، ولا كان في السَّلف لأنَّه لم تكن أسباب اعتباره موجودة حينئذ وتجددت في عصرنا فيتعين فعله لتجدد أسبابه ، لا لأنَّه شرع مستأنف ، بل علم من القواعد الشَّرعية أنَّ هذه الأسباب لو وجدت في زمن الصحابة لكانت هذه المسببات من فعلهم وصنعهم ، وتأخر الحكم لتأخر سببه ووقوعه عند وقوع سببه لا يقتضي ذلك تجديد شرع ولا عدمه » .

---

(١) انظر : النص في الفروق جـ٤ ص١٧٩ ، ٢٥١ والاعتصام جـ٢ ص١٢٨ .

ثُمَّ قال - وهو معنى قول عمر بن عبد العزيز : تحدث للنَّاس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور - : أنْ يحدثوا أسباباً يقتضي الشَّرع فيها أموراً لم تكن قبل ذلك لأجل عدم سببها قبل ذلك ، لا لأنَّها شرع متجدد كذلك ههنا »[1] .

كلام الشَّاطبي في تفسير هذه العبارة :

ويدلُّ على أنَّ مسألة التخصيص بالمصلحة داخلة في كلام سيدنا عمر ابن عبد العزيز ما ذكره الشَّاطبي ، فقد ذكر كلام عمر المتَقَدِّم ، ثُمَّ قال : « ليس المراد به إحداث أمر من أمور العبادات ، ثُمَّ جعل كلام عمر هذا في الأمور العادية المعقولة المعنى التي تختلف فيها مناطات الأحكام ، أي أسبابها ، وجعل من ذلك التخصيص بالمصلحة حيث مثَّل بتضمين الصناع ، ومعلوم أنَّ الدليل قائم على عدم تضمين الصناع ؛ لأنَّهم كان الغالب فيهم الأمانة ، ثُمَّ ضمنوا بعد ذلك لفقد الأمانة في الغالب ، فرفع الضمان عنهم للأمانة وجعل عليهم لعدمها ، يقول الشَّاطبي في ذلك : وإنَّما كلام عمر - رضي الله عنه - في معنى عادي يختلف فيه مناط الحكم الثابت فيما تقَدَّم كتضمين الصناع ... فيقول : إنَّ الأولين قد توجهت عليهم بعض الأحكام لصحة الأمانة والديانة والفضيلة ، فلمَّا حدثت أضدادها اختلف المناط فوجب اختلاف الحكم ، وهو حكم ردع أهل الباطل عن باطلهم[2] .

فتفسير هذين الإمامين لكلام عمر - رضي الله عنه - يجعلنا نوقن بأنَّ

---

(١) الفروق جـ٤ ص٢٥١ .

(٢) الاعتصام جـ٢ ص١٢٨، ١٢٩ .

التَّابعين بل والصحابة كانوا يخصصون الأدلة بالمصالح ، دليل ذلك تضمين الصناع الذي ورد عن الصحابة وعمل به التابعون من بعدهم .

رأي الفريق الثاني في الاستحسان والرد عليه

لقد قَدَّمْنَا أنَّ النَّاس في التخصيص قسمان : مانع له مطلقاً ، ومبالغ في تحكيمه حتَّى جوز تعطيل النصوص به .

وقد فرغنا من الكلام على الفريق الأول ، والآن سنتكلم على الفريق الثاني ، والذين ذهبوا إلى هذا الرأي فيما وقفت عليهم ثلاثة ممن كتبوا في موضوع المصلحة ، وهم : فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف - رحمه الله - ، وفضيلة الشيخ علي حسب الله ، وفضيلة الشيخ محمد مصطفى شلبي .

رأي الشيخ خلاف :

تكلم الشيخ عبد الوهاب خلاف في المصلحة المرسلة ، فذكر أنَّ الرسول ﷺ رسم للصحابة الطريق الذي يسيرون عليه في الأحكام ، فأرشدهم أولاً إلى النص ، ثُمَّ إلى الاجتهاد ، وقد سار الصحابة على هذا المنهاج ، وفي ذلك يقول :

فكانوا يهتدون في نظمهم وسائر تصرفاتهم بما شرع الله في كتابه وعلى لسان رسوله ، وإن حدث لهم ما ليس في كتاب ولا سنة اجتهدوا رأيهم واتبعوا ما أدَّى إليه اجتهادهم مما رأوا فيه مصلحة الأمة ولا يخالف روح الدِّين ، وكثيراً ما كان اجتهاد أحدهم يخالف اجتهاد صاحبه ، بل قد

يخالف ما يفهم من ظاهر النص[1]. ثُمَّ قال : « وكانوا كذلك ينظرون في التنفيذ إلى ما تقضي به المصلحة وحال النَّاس ، فقد عطل عمر تنفيذ حد السَّارق في عام المجاعة ، وأسقط سهم المؤلفة قلوبهم لما أعَزَّ الله الإسلام »[2] ، والذي نريده هنا هو أن نفهم رأي الشيخ خلاف في المصلحة مع النص من حيث تقديمها عليه وعدم ذلك .

وعبارته لا تصريح فيها في هذا الشأن بأن يقول : إذا عارضت المصلحة النص يُقَدَّم أو تُقَدَّم هي عليه ، وإنَّما الذي نحاول أن نعرف رأيه منه هو ما أوردناه له في هذين النصين فإنَّ فيهما ما يفيد رأيه في هذا الموضوع حسب ما فهمناه .

ما يفيده النص الأول :

أمَّا النص الأول فقد ذكر فيه أنَّ الصحابة في بعض الأحيان يرون أحكاماً باجتهادهم تخالف ما يفيده ظاهر النص من معنى .

فقوله : ظاهر النص ، إن أراد ما يتبادر من ظاهر اللفظ مما ليس مراداً في الواقع بل المراد خلافه ، فهذا لا كلام فيه هو معنى التخصيص ؛ لأنَّه إخراج لبعض ما دلَّ عليه اللفظ مما ليس مراد المتكلم ، وإن أراد أنَّهم يخالفون الظاهر من النصوص المراد منها ، فمعنى هذا الكلام أنَّهم يتركون النصوص الظاهرة الدلالة على المعنى ويخالفونها ترجيحاً لجانب المصلحة .

وهذا الكلام بالمعنى الثاني عام يشمل مخالفة جميع ما دلَّ عليه النص أو بعض ما دلَّ عليه ، وبعبارة أخرى عام في ترك نص للمصلحة كلاًّ أو

---

(١) السياسة الشرعية له ص٨ .

(٢) المرجع السابق ص١٠ .

بعضاً ، إلا أنَّ ما أورده من أمثلة ينطبق على مخالفة بعض ما أفاده النص فقط .

ما يفيده النص الثاني :

كذلك صَرَّحَ في النص بأن عمر - رضي الله عنه - عطل حد السرقة في عام المجاعة ، وأسقط سهم المؤلفة قلوبهم .

والتعبير بأسقط وعطل ، صريح في أن النص كان شاملاً للصورتين حكماً ، فجاء عمر - رضي الله عنه - وعطل حكم النص فيهما وحكم فيهما بالمصلحة ؛ لأنَّ السقوط والتعطيل فرع الثبوت .

فمن هذا يمكننا أن نقول : إنَّ الشيخ يرى أن لا مانع من تعطيل النصوص جزئياً ، وتقديم المصلحة عليها في ذلك الجزئي ، وأنَّ هذا هو المنهج الذي سار عليه الصحابة ، عمر وغيره ، ولعل توجيه المسألة حسبما قررناه في فهم كلامه هو أنَّ النص دلَّ على قطع السارق في جميع الأحوال كانت الحالة حالة مجاعة أم لا ، ثُمَّ جاء سيدنا عمر - رضي الله عنه - وخالفه في بعض الأحوال ، وهو حالة المجاعة ، فأسقط الحد .

وكذلك الآية أثبتت الحق في الزكاة للمؤلفة قلوبهم ، دعت الحاجة للتأليف أم لم تدع فجاء عمر وأسقط حقهم في الحالة التي لا تدعو الحاجة فيها إلى التأليف ، وهو ما إذا أعز الله الإسلام ، وتفسير كلامه على هذا النمط هو المتعين ؛ لأنَّ أسلوب التعطيل والإسقاط يقتضي هذا فتكون المصلحة مقدمة على النص في هاتين الصورتين .

فمن ذلك نفهم أنَّ موقف المصلحة من النص حسبما رآه الشيخ خلاف

مغايرٌ لمعنى التخصيص الذي قَدَّمْنَاه ، إذ فيما ذكره الشيخ عن عمر دلَّ النص على إرادة الشارع الحكم في جميع الأحوال ، ولكنَّا تركنا ذلك للمصلحة .

وفي التخصيص كان النص من أول الأمر غير شامل لبعض الأفراد أو الأحوال حكماً ، وإن شملها بحسب الدلالة اللفظية فحسب .

وبعبارة أخرى : إنَّ المؤلفة قلوبهم والسراق في زمن المجاعة - حسبما رأى الشيخ خلاف - توارد عليهم دليلان كل منهما يفيد حكماً مغايراً لحكم الآخر ، فحكم فيهم بأحد الدليلين وهو المصلحة ، وترك الآخر ، وإن شئت فقل : أسقط أو عطل .

وعلى معنى التخصيص لم يتوارد الدليلان على مكان واحد ، بل كل منهما ورد على مكان مخالف لمكان الآخر ، فالدليل الذي أوجب القطاع لم يوجد في حالة عدم القطع ، ذلك لأنَّ شرط القطع ألا يكون للسارق شبهة في المال ، وفي عام المجاعة لهم شبهة في مال الغير ، فانتفى الدليل لانتفاء شرطه [1]، والقطع في غير المجاعة لوجود الدليل بتمام ، وهو كون السارق لا شبهة له في المال .

رأي الشيخ علي حسب الله :

وإذا نظرنا إلى كلام الشيخ حسب الله في علاقة المصلحة بالنص في كتابه : « أصول التشريع » نجده يتفق مع الشيخ خلاف في القول بتقديم المصلحة على النصوص ، بل هو أصرح منه عبارة في ذلك ، فقد أثبت

---

(١) قال ابن العربي : « وإذا أوجد ميتة ومال الغير فإن أمن الضرر في بدنه أكل مال الغير ولم يحل له أكل الميتة ،وإن لم يأمن أكل الميتة » أحكام القرآن جـ١ ص ٥٨ .

التعارض بين المصلحة والنصوص ، وصرح بتقديم المصلحة عند ذلك بشرط أن تكون راجحة ، إلا أنَّه رأى إباحة تقديم المصلحة على النص جزئياً لا كلياً ، وإليك عبارته : « فإذا عارضت المصلحة نصاً أو قياساً كان ذلك مجالاً للبحث » .

ثُمَّ قال : « إذا استعرضنا ما قَدَّمْنَاه من الفروع المأثورة في رعاية المصلحة ، وجدنا فيها ما اعتبرت فيه المصلحة مع معارضته للكتاب أو السنة أو القياس .

فمن النوع الأول إسقاط عمر سهم المؤلفة محافظة على مال الدولة ، وذلك معارض لقوله تعالى في آية الصدقات : ﴿ وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ ﴾ . ومنه إسقاط حد السرقة عام المجاعة محافظة على الأنفس . ومنه قتل الجماعة بالواحد .

ومثَّل للمصلحة المعارضة للسنة بإباحة إعطاء الصدقة إلى بني هاشم ، وغير ذلك .

ومثَّل لمعارضة القياس بتضمين الصناع محافظة على أموال المستصنعين ، وهو معارض للقياس العام : أنَّ من اؤتمن على شيء يعد أميناً عليه حتَّى يثبت خلاف ذلك إلى غير ذلك [1] .

ثُمَّ قال مبيناً أنَّ المعارضة إنَّمَا تكون في بعض ما اشتمل عليه الدليل لا جميعه بقوله : واعلم أنَّ معارضة المصلحة للنص أو القياس لا تكون إلا في جزئيات يعد اعتبارها فيها استثناء من قاعدة النص أو القياس ولا يعد إلغاء

---

(١) انظر : أصول التشريع الإسلامي ص١٧٥ ، ١٧٦ ، ١٧٧ .

لواحد منها ، فإنَّ القواعد الثابتة بالنص والقياس هي المعالم الواضحة إلى المقاصد الشَّرعية ، فإذا تبين في بعض الجزئيات أنَّ العمل بالنص أو القياس لا يحقق المصلحة المقصودة ، بل يترجح إفضاؤه إلى مفسدة ، وجب استثناء هذه الجزئيات في أضيق الحدود تحقيقاً للمصلحة المشروعة ، وبقي النص أو القياس قائماً فيما عداها ، كما لو أشرف إنسان أو جماعة على الموت جوعاً ؛ فإنَّه يجب إطعامهم من مال الغير عنوة مع وجوب دفع المثل أو القيمة عند القدرة ، وفي هذا اعتداء على حرمة المال لكنه استثناء لمعارض في مسألة جزئية لا يبطل القاعدة العامة التي تحرم العدوان على أموال الناس في كل حال .

ثُمَّ قال : وهذا ما نراه واضحاً فيما نقلناه من فتاوى الصحابة والتابعين وأئمَّة المجتهدين ... ولهذا قال الغزالي في الإفتاء بقتل الزنديق المتستر : « فهذا لو قضينا به فحاصله استعمال مصلحة في تخصيص عموم ، وذلك لا ينكره أحد » .

وقال نجم الدين الطوفي في معارضة المصلحة لدليل شرعي : « وإن خالفها دليل شرعي وفق بينها وبينه بما ذكرنا من تخصيصه بها وتقديمها عليه بطريق البيان »[1] .

فأفاد أولاً أنَّ المصلحة تبطل طائفة مما دلَّ عليه النص ، وتسقط حكمه فيها ، وهو صريح قوله في مسألة السرقة والمجاعة : أسقط سهم المؤلفة وأسقط الحد .

---

(١) أصول التشريع الإسلامي ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

ولا ينافي ما قررناه قوله فيما بعد : « ولا يعد ذلك إلغاء ؛ لأنَّه يفسر الإلغاء المنفي بإلغاء النص جملة ، أمَّا بعضاً فليس بمنفي ، يدلُّ لذلك قوله : واعلم أنَّ معارضة المصلحة للنص أو القياس لا تكون إلا في جزئيات ، ولا يعد إلغاء لواحد منها .

ولا مكان لاستشهاده بكلام الغزالي ؛ لأنَّه لا يرى للمصلحة مكاناً عند المعارضة ، و إنَّمَا يحكمها في مكان لم يشتمل عليه النص إرادة ، وإن شمله لفظاً ، ومثل هذا ليس إسقاطاً كما عبر هو .

ثُمَّ ختم الشيخ حسب الله كلامه بقوله : « والخلاصة أنَّ المصلحة المشروعة إذا عارضت نصاً أو قياساً تُقَدَّم عليه إذا كانت راجحة على المصلحة المقصودة منه ، ولا يصح أن تكون هادمة له وحالة محله ، بل تكون كالاستثناء منه ، إذ لو فتح باب تقديمها عليه على الإطلاق لتغيرت معالم الشَّريعة ، وزالت قواعدها بمرور الزمان »(١) .

فكلامه هذا صريح في أنَّ الطائفة التي أخرجت من النص وحكم فيها بمقتضى المصلحة كانت مقصودة من النص ، و إنَّمَا لم يحكم فيها بمقتضى النص من جهة أنَّ المصلحة المقصودة بالنص كانت مرجوحة بالنسبة للمصلحة المرسلة .

وهذا دليل على ما قَدَّمْنَاه من أنَّه لا يريد التخصيص ، إذ في التخصيص لم تقصد الطائفة المخرجة من النص ولم تدخل فيه إرادة .

يدلُّ على أنَّه يريد التعطيل جزئياً ، قوله : ولا يصح أن تكون هادمة له

---

(١) أصول التشريع ص١٨١ .

وحالة محله ، بل تكون كالاستثناء ، فالممنوع حلول المصلحة في محَلِّ جميع جزئيات النص ، لا حلولها في البعض . ثُمَّ إنَّه عبر عن حلولها في بعض مدلوله بكونه شبيهاً بالاستثناء لا استثناء .

و آخر كلامه في هذا النص يفيد أنَّ الشيخ يحتاط في المصلحة ولا يجعل لها صلاحية في إسقاط النص برمته ، و إنَّمَا يجعل لها حكماً وسطاً ، وهو يتمثل في عدم إهدارها مع النص أو إهداره معها ، و إنَّمَا تكون بين مهدرة لبعضه فقط لا لجميعه .

أمَّا إسقاطها لبعض النص فلا يرى فيه حرجاً ومن ثمة لا يحتاط له .

ونرى أنَّ السبب الذي جعله يمتنع عن تقديم المصلحة جملة وهو ما يتبع ذلك من تغيير معالم الشَّريعة جدير بأن يكون مانعاً له من تجويز تقديمها على بعض النص ، لأنَّه ذريعة مؤدية إلى القول بإبطال الكل ، إذ الذي جوز تعطيل البعض المصلحة ، فلو رأى أحد أنَّ المصلحة لا تحصل إلا بتعطيل الكل لذهب إلى ذلك ، كما يأتي ذلك عن الشيخ شلبي معللاً ذلك بأنَّ فيه حصول المصلحة .

فالنتيجة أنَّ إسقاط بعض النص أو إسقاط جميعه كلاهما ذريعة إلى تغيير معالم الشَّريعة ، فلا فرق بينهما في الحكم .

ولا شَكَّ أنَّ هذا الاتجاه يؤدِّي إلى مذهب الطوفي في المصلحة ، وأنَّها تُقَدَّم على الأدلة حتَّى على الإجماع .

تناقض في الكلام :

بينما نرى الشيخ حسب الله يذهب إلى ما تَقَدَّم ، نجده في موضع آخر يعود فيأتي في نفس الموضوع بكلام يخالف ما قرره سابقاً ، فقد قال رداً على من زعم أن عمر - رضي الله عنه - وضع أحكاماً مخالفة للنصوص :

وما زعموا أن عمر - رضي الله عنه - وضع أحكاماً مخالفة لبعض النصوص الصريحة تجن على عمر ، ولا دليل فيه على ما ذهبوا إليه ، فإلغاؤه سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات لم يكن إهمالاً للنص كما قالوا ، بل لأنَّه لم يجد مجالاً للعمل به ... ومنعه حد السرقة عام المجاعة ليس إلغاء للنص أيضا ، بل لأنه لم يجد السارق الذي يستحق القطع بسبب المجاعة التي قد تلجئ الناس إلى أكل الحرام .

وقد علم أنَّ الرسول ﷺ قال : « ادرءوا الحدود بالشبهات » (1) ، ولهذا رجع المسلمون إلى تطبيق النص بعد انتهاء المجاعة .

و إذا امتنع النَّاس عن الجرائم التي توجب الحدود فلم يقم الحاكم حداً ، فهل يقال : إنَّه ألغى النصوص التي يجب إقامتها ؟(2) .

والتناقض واضح ، فقد جعل فيها تقدم المصلحة مقدمة على النص ، وجعل هنا المصلحة حكمت لعدم مجال تطبيق النص ، فكأنَّ المصلحة حينئذ انفردت ، وهناك عارضت النص ، مع أنَّ الموطن الذي تعارض فيه

---

(1) رواه ابن عدى في الكامل عن ابن عباس ، ورواه مسدد في مسنده عن ابن مسعود موقوفاً . انظر الفتح الكبير جـ1 ص60 ، 61 .

(2) أصول التشريع الإسلامي ص 189 .

كُلٌّ من النص والمصلحة فيما مضى هو بعينه الذي انفردت فيه المصلحة ولم يكن للنص فيه صلاحية الحكم ، أو لم يكن له فيه دلالة على الحكم .

فحاصله أنَّه يريد أنَّ النص لم يعطل ؛ لأنَّ التعطيل إنَّمَا يقال إذا أمكن الإعمال ولا مجال للإعمال هنا ، لعدم توفر العلة في المؤلفة الموجبة لإعطائهم ، أو لعدم استيفاء الشروط المطلوبة في حد السرقة إلا أن عبارته هنا أيضاً ليست خالصة في إفادة ما يريده ، ألا تراه وهو يقرر صنيع عمر ، فإلغاؤه سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات إذ الإلغاء فرع الثبوت . والله أعلم .

فالخلاصة أنَّ أول كلامه يفيد تقديم المصلحة على النصوص في الجملة ، وآخره يدلُّ على أن لا تقديم ، و إنَّمَا ذلك إعمال للمصلحة حيث لم يكن هناك نص في الموضوع ، فالمراد الأول غير مسلم ، والثاني يسلم له ، وهو الذي نقول به ونراه تخصيصاً لا تعطيلاً . والله أعلم .

الرد على من زعم أن عمر – رضي الله عنه – خالف النص :

لقد علم من سيرة عمر أنَّه من أدق الصحابة في فهم أسرار الشريعة ، وما ترمي إليه نصوصها ، فهو لهذا أشد الناس تمسكاً بالنص ووقوفاً عنده .

فقد ذكر الشَّافعي في كتاب اختلاف الحديث ، أنَّه قضى أن الدية للعاقلة ولم يورث المرأة من دية زوجها ، فأخبره الضحاك بن سفيان أن رسول الله ﷺ كتب إليه أن يورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ، فرجع إليه عمر .

وسأل مرة : من عنده علم عن النبي ﷺ في الجنين ، فأخبره حمل بن

مالك أنَّ النَّبيَّ ﷺ قضى فيه بغرة ، فقال عمر بن الخطاب : إن كدنا أن نقضي في مثل هذا برأينا (١) .

فلو كان عمر - رضي الله عنه - يرى تقديم الرأي على النصوص لكان تقديمه له على أخبار الآحاد منها أولى ، إلا أنَّنَا نراه يرجع إلى أخبار الآحاد إذا أخبر بها ، فالتزامه للنصوص المتواترة لا سيما القرآنية منها أولى .

وما توهم من تقديم عمر للمصلحة على النص في مسألة المؤلفة قلوبهم والسرقة وقتل الجماعة ، فغير صحيح ، إذ لا تقديم في ذلك ، وإنَّمَا غاية الأمر في مسألة المؤلفة قلوبهم أنَّ الله علل إعطاءهم الزكاة بوصف التأليف الذي يتألف به المسلمون قلب حديثي العهد بالدخول في الإسلام ليتمكن الإسلام من قلوبهم فيقوى بهم المسلمون ، وكانت الحاجة داعية للتأليف في العهد الأول لقلة المسلمين وكثرة عدوهم وقوته ، فلمَّا جاء عهد سيدنا عمر - رضي الله عنه - قوي الإسلام بعدد المسلمين وعددهم فلم تكن هناك حاجة إلى تأليف قلوب النَّاس ، فمنع الإعطاء لفقدان الأمر الداعي إلى التأليف ، وهو التقوي بالمؤلفة قلوبهم و التناصر بهم .

وكذلك الأمر في السرقة فإنَّ السَّارق أمر بقطع يده بشروط ، منها : ألا يكون للسارق شبهة في المال الذي سرقه ، والسارق في زمن المجاعة له شبهة في مال الغير ؛ لأنَّ المضطر قد أباح الله له المحرمات : كالميتة ولحم

---

(١) اختلاف الحديث ص ١٩ ، ٢٠ على هامش الأم جـ ٧ ، وانظر : الرسالة للشافعي ص ٤٢٦ ، انظر : ضوابط المصلحة ص ١٤٢ .

الخنزير، ومن ذلك مال الغير ، بل هو مُقَدَّم على الميتة في بعض الأحوال، فالسرقة التي رتب الله عليها القطع لم تتوافر في هؤلاء ، فعدم القطع لعدم وجود السرقة شرعاً ، لا تعطيلاً لحد السرقة .

أمَّا قتل الجماعة بالواحد فهو إعمال للنص لا تعطيل له ؛ ذلك لأن قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ... الآية ، سيقت رداً على العرب الذين كانوا يقتلون بالنفس أنفساً ، ويقابلون التعدي على الطرف بالتعدي إلى النفوس ، فجاء القرآن مبيناً لهم الحق ، رادعاً لهم عن الظلم ، وليس المراد من الآية أن الجزاء على قتل النفس الواحدة لا يكون إلا بقتل نفس واحدة مثلها وإن تعدد القاتل[1] .

فليس إذاً في قتل الجماعة بالواحد تعطيل ما أفاده النص من المساواة ، وإنَّما النص ورد لسبب خاص وليس حاصراً لقتل النَّفْس بالنَّفْس بحيث لا تقتل الأنفس بالنفس .

المصلحة والنص عند صاحب تعليل الأحكام:

يرى الشيخ شلبي في كتابه « تعليل الأحكام » أنَّه يجوز تقديم المصلحة على النصوص عند تعارضها معها ، كما يجوز تخصيصها بها ، وأنَّ هذا الأمر أمر شرعي لا بدع فيه ، سار عليه السَّلَف من هذه الأمة والخلف من الأئمة المجتهدين، وقد عزا هذا الذي رآه لمالك وأبي حنيفة - رضي الله عنهما - .

---

(١) انظر : أحكام القرآن جـ١ ص ٦٥ ، ٦٦ و جـ٢ ص ٦٢٢ .

نسبة ذلك لأبي حنيفة :

لقد رأى فضيلته في كتابه المذكور أنَّ أبا حنيفة و أصحابه يعتبرون المصالح ولو كانت في مقابلة النص ، ويرى أنَّ هذا ليس فيه مخالفة للشرع ، بل هو عين الموافقة له ، لأنهم علموا أنَّ النص ما ورد إلا لتحصيل تلك المصالح ، فلمَّا تغيرت الأحوال وتقلبت الأمور عدلوا إلى طريق المصلحة وسلكوه غير مبتدعين [1] .

ومثل لهذا بما رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة من جواز إتلاف مال الكفار الذي غنمه المسلمون إذا عجزوا عن حمله والاستفادة منه ، لأنَّ عدم إتلافه يؤدِّي إلى استفادتهم منه وهذا مخالف للدليل الذي نهى عن إضاعة المال .

وكذلك ما رآه أبو حنيفة من جواز الصدقة على بني هاشم مع معارضة قوله عليه السَّلام : « إنَّها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد »[2] .

ثُمَّ قال في آخر كلامه : وخلاصة البحث أنَّ أبا حنيفة و أصحابه اعتبروا المصالح وخصصوا بها النصوص ، بل عارضوا بها النصوص في بعض الأحيان . و هذه المصالح منها ما يبلغ حد الضرورة ومنها ما لم يصل إلى ذلك[3] .

فأنت ترى أنَّ قوله : « يعتبرون المصالح ولو كانت ... » ، يفيد أنَّ

---

(١) تعليل الأحكام ص ٣٦١ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٦١ . في مسلم : « إنَّا لا تحل لنا الصدقة » جـ ٢ ص ٧٥١ ، تحقيق فؤاد عبد الباقي .

(٣) المرجع السابق ص ٣٦٢ .

الحنفية يقدِّمون المصلحة في المسائل التي شملها حكم النص ، فاستعملت المصالح مخالفاً بها ذلك النص .

كما جاء مصرحاً بهذا في النص الثاني ، وهو قوله : « بل عارضوا بها النصوص في بعض الأحيان » .

ومعنى المعارضة هو توارد دليلين على شيء واحد ، كُلٌّ منهما يتطلبه بالحكم ، فحينئذ إمَّا أن يوفق بينهما بأن يعمل بكُلٍّ منهما في حال وهو التخصيص ، أو يقدم أحدهما إن ترجح ، أو يساقطا إن تعادلا [1] .

والذي معنا هنا أنَّ المصلحة عارضت النص فرجحت عليه ، لأنَّ هذا موضوع الكلام يدلُّ على أنَّه يريد هذا التعارض بالمعنى المتقَدِّم مقابلته له بالتخصيص حيث قال : « اعتبروا المصالح وخصصوا بها النصوص ، بل عارضوا بها النصوص في بعض الأحيان » .

فلا مجال - بعد إفصاحه هذا - للقول بأنَّ هذا التعارض الذي قاله هو التعارض صورة الذي يندفع بالتخصيص ، لأنَّ سياق الكلام يأبى ذلك .

رأيه في المصلحة عند مالك :

يرى فضيلته أن المالكية يعملون بالمصالح ولو كانت في مقابلة النصوص ، ومعارضة لها ، وبناء على هذا ينكر على العلماء في اشتراطهم عدم مصادمة المصلحة للنصوص بالنسبة للعمل بها عند مالك ، ويرى أنَّ هذا الشرط يناقضه الواقع ، فهو مجرد كلام يقوله الأصوليون يبطله عمل

---

(١) انظر : منهاج البيضاوي مع شرحيه : الإسنوي و البدخشي في مسألة الترجيح والتعارض جـ٣ ص ١٥٧ وما بعدها .

مالك وإفتاؤه ، فإنَّ في إفتائه وعمله أكبر دليل على أخذه بالمصلحة وتقديمها على النصوص عند معارضتها لها .

وإليك عبارته بعد كلامه على الاستحسان عند المالكية ، وأنَّه نوع من المصلحة ، قال : والذي يعنينا من ذلك هو أنَّهم اعتبروا المصلحة في التشريع ، سواء كانت في مقابلة دليل أم لا ، عارضتها مصلحة أخرى أم لا ، كما يؤخذ من كلامهم في الاستحسان والمصالح[1] .

ثُمَّ مثل لذلك بالمطلقة من ذوات الحيض إذا لم يأتها الحيض ، فقد أفتى فيها مالك بأنَّها تمكث تسعة أشهر مدة الحمل ، ثم تعتد بثلاثة أشهر وهذا ينافي - كما رأى - قوله تعالى : ﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾[2] .

حمله -أي مالكاً- على هذه المخالفة مصلحة المرأة ودفع الحاجة عنها . تلك الحاجة الحاصلة بسبب عدم الزواج خصوصاً قد يطول الأمر بها حتَّى تصل إلى سن الإياس ، فلا يأتيها الحيض ، فقدم هنا المصلحة على النص[3] . كما مثل لها أيضاً بفتوى مالك بعدم وجوب الرضاع على الشَّريفة ، دفعاً لما يلحقها من العار ، أو نفور زوجها عنها مع مخالفة ذلك لقوله تعالى : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ** ﴾[4] القاضي بوجوب الرضاع على جميع النساء .

---

(١) تعليل الأحكام ص ٣٦٦ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٣) تعليل الأحكام ص ٣٦٧ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ .

فقَدَّم مالك هذه المصلحة الكمالية أو الحاجية على النص القاضي بوجوب الرضاع على الأم ابتغاء مصلحة الشريفة ، وغير ذلك من الأمثلة [1] .

رد الشيخ شلبي لشرط عدم المصادمة للنصوص :

ثُمَّ ينتقل الشيخ شلبي بعدما أثبت أخذ مالك بالمصلحة ولو خالفت النص إلى إبطال اشتراطهم عدم مصادمتها للنصوص ، ويرى أنَّ الأجدر بهم عدم اشتراط هذا الشرط .

وسلك في إبطال هذا الشرط أو إلزامهم ببطلانه طريق حصر المصلحة في أقسامها الثلاثة : المعتبرة ، والملغاة ، والمرسلة . ثُمَّ ذكر أنَّ فتاوى مالك التي جعل أساسها المصلحة ليست المصلحة فيها من المعتبرة لأنه لم يقم عليها دليل معين ، ولا من المرسلة لأنها هي التي لم يقم عليها دليل بالإذن ولا بالمنع ، وما هنا ليست كذلك ، فليست إذاً إلا المصلحة الملغاة على حسب تصويرهم لها ، وهو لا يسلم لهم هذا الذي رأوه طبعاً [2] .

فهو يرى بهذا أنَّه ألزم المالكية بأنَّ مالكاً يقول بغير المصلحة المعتبرة والمرسلة ، وهي المصلحة الملغاة شرعاً على حد تعبير المالكية ، والمعتبرة شرعاً كما قال هو .

ما أجاب به عن المالكية فيما أورده عليهم :

ثُمَّ أخذ الشيخ - بعد أن اعترض على المالكية بما مَرَّ - يفرض لهم الأجوبة على ما أورده عليهم من اعتراض .

---

(١) تعليل الأحكام ص ٣٦٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٦٩ .

فتارة فرض تسليمهم بأنَّ ما سلكه مالك في هذه الفتاوى هو من المصلحة الملغاة ، إلا أن عذر مالك في ذلك هو عدم وقوفه على هذه الأدلة، فأفتى فيها بالمصلحة المرسلة، ولم يعلم بما يصادمها من أدلة، ولو علم به لما أفتى بالمصلحة .

وتارة صور إجابتهم بعدم التسليم بكون هذه المصلحة ملغاة، بل هي من المرسلة، وما ذكر من أدلة معارضة لها لم تصح عنده، فكانت بالنسبة إليه كأنها معدومة، فبقيت المصلحة غير مصادمة لدليل معتبر عنده .

والجواب الأخير من أجوبة الشيخ الفرضية هو تسليمهم بالقول بالمصلحة الملغاة في الجملة ، وهي ما كان الإلغاء فيها جزئياً لا كلياً ، وما ذكر عن مالك من فتاوى لم يكن الإلغاء فيها كلياً بل جزئياً ، وهم لا يمنعون أن تلغي المصلحة بعض أفراد النص، و إنَّمَا الممنوع إلغاء النص جميعه [(١)] .

نقضه لهذه الأجوبة :

ثُمَّ كر فضيلته على هذه الأجوبة الفرضية بالنقض والإبطال ، فردَّ الأول والثاني بأنَّ هذا لو سلم في أخبار الآحاد لم يسلم في المشهور من الأخبار، ولا في النصوص القرآنية ، وما ذكره من فتاوى فيه أدلة قرآنية، فحينئذ لا ينفع هذا الجواب شيئاً ، وحيث لم يفد لزمكم يا مالكية قول إمامكم بالمصلحة ولو صادمت النصوص ، وهوالذي نراه متعيناً عليكم .

وردّ جوابهم الأخير حسبما افترضه بأنَّ الدليل الذي جوز تخصيصها لطائفة من النص له صلاحية في أن يترك به النص بجميع أفراده .

---

(١) تعليل الأحكام ص ٣٦٩ .

ثُمَّ اعترض على المالكية في تجويزهم التخصيص بالمصلحة ، وعدم تجويزهم تعطيلها للنصوص جملة : بأنا لو فرضنا أن هناك نصاً لا يشمل إلا فرداً واحداً ، وليس تحته أفراد متعددة ، فماذا تصنعون إذا لزم على العمل به حصول ضرر ، أتقولون بالعمل بالمصلحة في مقابله فتتركون شرطكم ، أم تمنعون العمل بها فتهدرون للأدلة التي استندت عليها المصلحة ؟ .

ويظهر من كلام الشيخ شلبي في هذا الاعتراض ، بل يتجلى لنا واضحاً أنَّه يرى تقديم المصلحة حينئذ ويتبع هذا أنَّ الشيخ يرى أنَّ بعض النصوص قد يخلو العمل بمقتضاه من المصلحة ، وهذه دعوى طوفية معلومة [1] .

ثُمَّ ختم كلامه بقوله : فلا وجه لقول من يقول : إنَّ المصلحة إذا كانت في مقابلة النص لا تعتبر ، مدعياً أنَّ هذا مذهب مالك - رضي الله عنه - ؛ لأنَّه قد اعتبرها فيما ورد عنه من الفتاوى وإن كانت في مقابلة النصوص [2] .

خلاصة ما ذكره شلبي عن مالك :

أنَّه يرى أنَّ مالكاً يعمل بالمصلحة ، ولو لزم على العمل بها تقديمها على النص كلياً أو جزئياً ، وأكرر أنَّ معنى ذلك عنده أنَّ النص - الذي عمل مالك في مقابلته بالمصلحة - كان مراداً به جميع ما يدلُّ عليه ، فجاء مالك وعطل بعضه أو كله ، وحكّم في ذلك البعض أو الكل المصلحة المرسلة بدلاً عن الدليل .

---

(١) انظر : الاعتراضات وأجوبتها ص ٣٦٩ ، ٣٧٠ من تعليل الأحكام .
(٢) المرجع السابق ص ٣٧٢ .

ولا يدفع هذا المعنى من كلامه تعبيره تارة في حالة تعطيل بعض الأفراد بالتخصيص ؛ لأنَّ قوله بتعطيل النص، أو أن العمل به يوقف رَدَحاً من الزمن ، ثُمَّ يرجع للعمل به إذا كانت فيه مصلحة [1] ، كُلٌّ ذلك يدلُّ على أنَّه لا يريد التخصيص ، بمعنى أنَّ النص إنَّمَا يدخل فيه ما حكم فيه بالمصلحة من حيث دلالة اللفظ فقط ، لا من حيث الحكم ، ولا من حيث الإرادة كما هو شأن العموم المخصص أنَّ عمومه من جهة اللفظ فقط، فلم يرد المتكلم به دخول الأفراد المخرجة حكماً ، ولو أراد ذلك لكان قوله بالتعطيل لا محل له لعدم شمول حكم النص في حالة التخصيص لحكم هذه الأفراد المستدل عليها بالمصلحة، ولا يقال : عطل حكم النص فيها إلا إذا كانت داخلة .

وهناك شيء آخر يدلُّ على هذا المعنى : هو أنَّه صور جوابهم - أي المالكية - على من يدعي أنَّ مالكاً لا يقتصر في المصالح على المعتبر منها والمرسل ، بل يتعداها إلى الملغاة حسب اصطلاح المالكية في الملغاة ، صوره بأنهم قالوا : إنَّ المصادمة هي إلغاء النص جميعه حيث يصبح النص غير معمول به، أمَّا العمل ببعض النص فلا يسمى إلغاء للنص [2] .

فيفيد كلامه أنَّ عمل المصلحة في طائفة مما تضمنه النص الذي سلمه المالكية إلغاء و إبطال لحكم النص في تلك الطائفة ، وإلغاء حكم النص في شيء معناه تقديم المصلحة عليه وتعطيله بها في ذلك الشيء ، وهذا هو

(١) تعليل الأحكام ص ٣٧٠ .
(٢) المرجع السابق ص ٣٦٩ ، ٣٧٠ .

معنى ما قَدَّمْنَاه ، وسيأتي أنَّ هذا الجواب الذي افترضه للمالكية لا يتمشى مع رأيهم ؛ لأنَّهم لا يقولون بالتعطيل لا كُلاًّ ولا بعضاً .

وعلى كُلِّ حال لو قال قائل : إنَّ مراده في كلامه هذا التخصيص المصطلح عليه لقلنا : إنَّه ليس في كلامه ما يفيد ذلك ، ولو فرض أنَّ مراده التخصيص المصطلح عليه لما كان هناك اعتراض على كلامه ولكان مسلماً به ؛ لأنَّ عبارات المالكية أنفسهم ناطقة بذلك . والله أعلم .

الرد على الشيخ شلبي فيما تَقَدَّم

الرد عليه فيما قاله عن الحنفية :

قوله : إنَّ أبا حنيفة و أصحابه يعملون بالمصلحة ، ويقدمونها على النصوص بل يعارضونها بها ، إن أراد ما يظهر بادىء ذي بدء فهو مسلم ولا يفيده شيئاً ، لأنَّه في الواقع لا معارضة . وإن أراد حقيقة المعارضة وهذا ما يفيده صريح لفظه ، فالجواب عليه أنَّ هذا ليس من باب التعارض ، بل لكُلِّ نص من النصوص علةً وسبباً يطبق في حدودها ، حتَّى إذا انتفت هذه العلة لم يكن لهذا النص دلالة على ما دل عليه عند وجود السبب .

ويتخرج على هذا ما ذكره من إفتاء أبي حنيفة بجواز الصدقة لبني هاشم ، ذلك أنَّ النص المانع لهم من الصدقة لم يتناولهم بالمنع حينما أفتى أبو حنيفة ، لأنَّ سبب النص أو علته التي بسببها منع بنو هاشم ، هو كون بني هاشم لا حاجة بهم إلى الصدقة لاستغنائهم بما فرض لهم في بيت المال من حقهم في الخمس ، أما وقد حلت بهم الحاجة ، وزال حقهم من الخمس فقد انتفى السبب الذي من أجله منعوا ، فصاروا كغيرهم يستحقون بوصف الفقر .

ولا يقال لمثل هذا : تعطيل ولا إهدار ولا ترجيح لمصلحة ، لأنَّ كل ذلك يستدعي صلاحية النص في الدلالة على منع بني هاشم من الزكاة ، وهو لم تثبت له هذه الصلاحية ، لانتفاء السبب[1] .

أمَّا ما استشهد به فضيلته من إتلاف مال الكفار ، وأنَّ المصلحة فيه قدمت على النص الناهي عن إضاعة المال- فالجواب عليه أنَّ هذه المصلحة مما قام الدليل على اعتبارها ، فقد قال تعالى : ﴿ **وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ** ﴾ الآية[2] ، وهذه حجة أبي يوسف في هذه المسألة[3] ، والشيء المستطاع لنا عام في كل ما من شأنه إضعاف الكفار فيدخل فيه إتلاف أموالهم ؛ لأنَّ فيه قوة لنا ، وقد أمرنا بأن نعد لهم القوة ، وثبت أنَّه ﷺ حرق نخل بني النضير[4] .

بل إنَّه قد جوز في سبيل قهرهم وهزيمتهم قتل نسائهم وذراريهم إذا لم يمكن التوصل إليهم إلا بذلك ، وهذا ضياع نفس ، فأولى ضياع المال ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء .

قال صاحب البداية : « واتفق عوام الفقهاء على جواز رمي الحصون بالمجانيق سواء كان فيها نساء وذرية أم لم يكن ؛ لما جاء أنَّ النبي ﷺ نصب المنجنيق على أهل الطائف »[5] .

---

(١) انظر شرح معاني الآثار للطحاوي جـ١ ص ٣٠١ ، وتعليل الأحكام ص ٣٦١، ٣٦٢ .

(٢) سورة الأنفال : الآية ٦٠ .

(٣) تعليل الأحكام ص ٣٦١ .

(٤) بداية المجتهد جـ١ ص ٣٥٥ .

(٥) المصدر السابق جـ١ ص ٣٥٤ .

أو أنَّ المنع من إتلاف المال في غير هذه الحالة التي يلزم منها استفادة الكفار من المال، أمَّا هذه فلم تكن مرادة من الدليل المانع لإتلاف المال، كما مَرَّ الاستشهاد بهذا الفرع على هذا النهج .

الرد عليه فيما نسبه للمالكية :

أمَّا ما ذكره عن مالك من تقديمه المصلحة واعتراضه على المالكية في اشتراطهم عدم المعارضة ، وأنَّ ذلك يخالف عمل إمامهم ، فالجواب عليه : أنَّ قوله : « إن مالكاً اعتبر المصلحة في التشريع سواء كانت في مقابلة دليل أم لا ، عارضتها مصلحة أخرى أم لا »، إن أراد من المقابلة والمعارضة ما يظهر في اللفظ فقط من شموله للمسألة التي حكم فيها بالمصلحة فمسلم ، وهو التخصيص الذي يقول به المالكية .

وإن أراد المقابلة والمعارضة بمعنى أنَّ ما حكم فيه بالمصلحة داخلٌ في النص إرادة وحكماً ، ويؤيد هذا اعتراضه على المالكية في اشتراطهم في العمل بالمصلحة عدم المعارضة والمصادمة ، إذ لو كان يريد الاحتمال الأول لما اعترض عليهم ؛ لأنَّهم لا ينكرونه ، أقول : إن أراد هذا المعنى الثاني فكلامه مردود بما روي عن مالك من أنَّه لا يرى للمصلحة حينئذ مجالاً ، ولا يلقي لها بالاً ، بل يطرحها ويتمسك بالنصوص ، ومثل هذا الاجتهاد عنده من الباطل ويسمى بفساد الاعتبار ، فقد ذكر الشَّاطبي : أنَّ الاستدلال في مقابلة النص من باب فساد الاعتبار ، وقد أشار إليه مالك في بعض المسائل التي قال ببطلانها لمخالفتها للنص [1]، فهذا أكبر دليل على بطلان القول بأن مالكاً يأخذ بالمصلحة في مقابلة النص .

(١) الاعتصام جـ ٢ ص ١٨٢ .

أمَّا ما نقله من فتوى مالك في المطلقة ممتدة الطهر ، فليس فيه معارضة لآية : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾[١] ، وحكم بالمصلحة في مقابلة هذا النص .

والحكم في هذه المسألة ليس سنده المصلحة كما ذهب إليه الشيخ ، بل سندهم في ذلك الآية الأخرى ، وهي قوله تعالى : ﴿ وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾[٢] . ووجه أخذهم هذا الحكم أنَّ الآية دلت على أنَّ الآيس من النساء عدتها ثلاثة أشهر ، وممتدة الطهر آيس ، إذ الآيس عند أهل اللغة ما لم يقطع بحصول الشيء ، والمرأة لم تقطع بعدم مجيء الحيض ، فينطبق عليها وصف اليأس ، فإذاً الحكم عليها بمقتضى نص الآية ، وهكذا خرج القاضي إسماعيل وابن أبي بكير هذا الفرع ، وهما من أصحاب مالك[٣] .

ويرى الجمهور أنَّ الآيس هي ما قطعت بعدم مجيء الحيض لها ، وهذه المرأة لم تقطع بذلك ، فلا تكون آيسة لأنَّها من ذوات الحيض ، فتكون عدتها ثلاثة قروء ، كما قال تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ .

و أمَّا مسألة تضمين الأجراء فقد مَرَّ غير ما مَرَّة أنَّ النص الذي منع من تضمينهم كان سبب عدم الضمان فيه مقرون بأمانة الأجراء ، وحيث انتفت الأمانة انتفى الحكم ، وهو عدم الضمان ، وهنا كما ترى لم يحكم الإمام

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٢) سورة الطلاق : الآية ٤ .

(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص٨٦ .

مالك بالمصلحة في مقابلة النص و إنَّمَا حكم بها في حكم تجرد عن دلالة النص عليه، إذ كون غير الأمين يضمن لم يرد به نص خاص ، ولكن إذا نظرنا إلى أنَّ عدم تضمينه يؤدِّي إلى ضياع أموال النَّاس بالباطل وجدنا الأدلة العامة تدلُّ على التضمين ، حفظاً للأموال من أن يحتال عليها من لا أمانة لهم .

وعلى كُلِّ حال فكُلُّ ما ورد لمالك من فتاوى يخيل أنَّها مخالفة للنص، فهي من باب التخصيص للأدلة ، أو مما كانت المسألة فيه مخرجة على دليل آخر غير المصلحة كما تقَدَّم ، لا من باب تقديم المصلحة على الأدلة لأنَّ ذلك من باب تحكيم الرأي مع النص ، وهو باطل عند مالك كما حكى الشَّاطبي سابقاً .

دفع ما أورده على المالكية من بطلان اشتراطهم عدم المعارضة للنصوص :

قال الشيخ شلبي معترضاً على المالكية بأنَّ المصلحة التي أفتى بها مالك ليست من المعتبرة ؛ لأنَّها لم يدل عليها دليل معين ، ولا من المرسلة لمخالفتها للدليل ، فليست إذاً إلا ما اعتبرتموه ملغى ، فيلزمكم أن تقولوا به موافقة لإمامكم ، أو تمنعوه فيلزمكم مخالفة إمامكم ، ونسبته للعمل بالمصلحة الملغاة المستلزم لمخالفة الإجماع كما ذكرتم .

والجواب : أنَّ ما أفتى مالك بمقتضاه من المصالح من قبيل المرسلة التي لم يرد دليل معين بالإذن فيها ولا بمنعها ، وقولك : إنَّها ليست منها ممنوع لأنَّك

اعتمدت في ذلك على ما يظهر من شمول الدليل لها ، ونحن لا نوافقك على ذلك بل نقول : إنَّ الدليل مراد به ما عدا الصُّورة التي حكمنا فيها بالمصلحة ، أمَّا هذه الصورة فدليلها المصلحة ، ولم يرد فيها دليل معين لا بالاعتبار ولا بالإلغاء ، لذلك قلنا : إنَّ هذه المصلحة مخصصة لهذا الظاهر .

أمَّا ما أجاب به على ألسنة المالكية من أن هذا الدليل الذي اعتقده هو مصادماً لم يبلغ مالكاً فغير صحيح ، لأنَّه مبني على تسليم المالكية مصادمة المصلحة للأدلة في هذه الفتاوى ، وهم لا يقولون بذلك .

وكذلك جوابه عنهم بأنَّ المصادمة التي اشترطوها هي ما كانت مصادمة لجميع أفراد النص لا لبعض أفراده ، فهو مردود أيضاً ، لأنَّهم لا يجوزون مخالفة النصوص ، أياً كانت المخالفة كلية أو بعضية ، فمتى ثبت لديهم أنَّ الحكم بالمصلحة فيه مصادمة لجميع ما دلَّ على الدليل ، أو لبعضه ردّوه ولم يتمسكوا به .

الرد على قوله : إنَّ جواز التخصيص بها يجوز ترك النص :

لقد ذكر فيما سبق أن المالكية تركوا بعض ما اقتضاه النص بالمصلحة ، ثُمَّ سَمَّى ذلك هنا تخصيصاً .

فالجواب : إن كان مراده بالتخصيص إلغاء حكم النص في طائفة من أفراده وتقَدُّم المصلحة عليه ، فغير مسلم ، وان أراد التخصيص بمعناه المعلوم ، فمسلم ، إلا أن في ذلك رجوعاً عن دعوى القول بأنَّ مالكاً يقول بجواز تقديم المصلحة مع المصادمة .

فإن أراد الأول فغير مقول به عند المالكية حتَّى يلزمهم بسببه تجويز إلغاء النص كاملاً .

وإن أراد الثاني فليس فيه إلغاء النص لا كُلاًّ ولا بعضاً بالمصلحة ، وإلا لاستوى معنى التخصيص والتعطيل الذي هو نسخ و إبطال الحكم النص ، ومعلوم ما بين النسخ والتخصيص من فروق .

و إنَّمَا يلزمهم تجويز تعطيل النص كلية لو كانوا يقولون بجواز تعطيله جزئياً ، فيصح أن يقال لهم : إذا جوزتم إبطال الحكم بالنسبة للبعض لأجل المصلحة لزمكم إبطال الحكم للكل لأجلها أيضاً ، وهم لا يقولون بشيء من ذلك . والله أعلم .

***

الفصل الرابع

في أنواع الاستحسان المختلف فيه

الفصل الرابع

في أنواع الاستحسان المختلف فيه

لقد تقَدَّم الكلام على حقيقة هذا الاستحسان ، وأقسامه ، وحجيته عند العلماء .

وقد خرجنا من ذلك بأنَّ هذه الحقيقة من حيث هي متفق عليها في الجملة ، بقطع النظر عن التوسع والاقتصاد في كيفية الأخذ بها ، لا سيما بين أئمة المذاهب الأربعة ، وقد قَدَّمْنَا ما يفيد ذلك تأصيلاً وتفريعاً .

والآن سنتكلم على أنواع هذه الحقيقة ، وفروعها التي تفرعت عنها ، وسيرى الواقف على الكلام في هذه الأنواع نوعاً من الاختلاف حاصلاً ممن حكينا عنهم القول بجنس هذه الأنواع وهو الاستحسان ، إلا أن هذا لا يقدح فيما قدمناه من أصل الاحتجاج بهذا الأصل لدى جميع الأئمة الأربعة ، ذلك لأنَّ الاختلاف الواقع هنا في هذه الأنواع مرده إلى الاختلاف في كيفية الأخذ انبساطاً وانقباضاً ، وذلك لا يقدح فيما سبق أن قررناه عنهم من اتفاق .

وسنتكلم في هذه الأنواع بادئين بالاستحسان بمعنى دفع الحرج ، ثم بسد الذرائع ، ثُمَّ بمراعاة الخلاف . والله الموفق .

النوع الأول
الاستحسان دفعاً للحرج والمشقة

ومعنى هذا النوع أنَّ الجري وراء الدليل في جميع صوره وأفراده يوقع في الحرج والمشقة ، فيخص بغير الحالة التي يحصل فيها الحرج بالمصلحة المرسلة . وكثيراً ما استبد هذا النوع باسم الاستحسان دون غيره من بقية الأنواع .

يقول الشَّاطبي : « إنَّ الأصل إذا أدَّى القول بحمله على عمومه إلى الحرج ، أو إلى ما لا يمكن شرعاً أو عقلاً ، فهو غير جار على استقامة ولا اطراد ، فلا يستمر الإطلاق » .

وقال : « ثبت في الأصول الفقهية امتناع التكليف بما لا يطاق ، وألحق به امتناع التكليف بما فيه حرج خارج عن المعتاد فإذا كل أصل شرعي تخلف عن جريانه على هذه المجاري فلم يطرد ولا استقام بحسبها في العادة، فليس بأصل يعتمد عليه ،ولا قاعدة يستند إليها ... »، ثُمَّ قال مشيراً إلى هذا الأصل الذي أصله : « وهو الأصل في القول بالاستحسان والمصالح المرسلة »[(١)] .

وقال مفرداً على قاعدة اعتبار المآل : « ومما ينبني على هذا الأصل قاعدة الاستحسان، ثُمَّ مثَّل له بقوله كالمسائل التي يقتضي فيها القياس أمراً إلا أنَّ ذلك الأمر يؤدِّي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك »[(٢)] .

---

(١) الموافقات جـ١ ص ٩٩٠، ١٠٠، ١٠١، ١٠٢ .

(٢) المرجع السابق جـ٤ ص٢٠٦ .

فقد أفاد كلامه هذا أنَّ ترك مقتضى الدليل لأجل أنَّ العمل به في جميع جزئياته يورث المشقة والحرج ، يسمى : الاستحسان ، والمصالح المرسلة .

فأطلق الاستحسان على بعض أفراده وهو ترك الدليل لرفع المشقة ، مع أنَّ الاستحسان شامل لسد الذرائع ومراعاة الخلاف .

ويؤكد هذا أنَّه ذكر كُلاًّ من قاعدة سد الذرائع والحيل ومراعاة الخلاف فروعاً لقاعدة اعتبار المآل ، وهي والاستحسان بمعنى ، فدلَّ صنيعه هذا على أنَّ المراد بالاستحسان فرد خاص منه هو هذا . وقد يتفق في بعض الأحيان تداخل هذه الأنواع في بعضها البعض . فقد مثَّل الشَّاطبي للاستحسان بهذا المعنى بتضمين الأجير المشترك(١) .

ومعنى هذا أنَّ الدليل قد قام بعدم تضمين الصناع ، وهذا الدليل هو قياسهم على المودعين كما تقَدَّم ، ففي اطراد هذا الدليل القاضي بعدم تضمين الصناع مشقة وحرج يلحق المستصنعين ، يتمثل ذلك الحرج في ضياع أموالهم إذا تعاملوا مع الصناع ، وفي لحوق الضرر بهم إذا لم يتعاملوا معهم لحاجتهم إلى الصناع في الطحن والخبز واللباس ، وما إلى ذلك من ضرورات الحياة ، فيحكم بتضمينهم دفعاً لهذا الحرج ، وفي تضمينهم أيضاً سدٌّ لذريعة(٢) أكل أموال النَّاس عند عدم التضمين ، ففي هذا المثال تلاقى دفع الحرج وسد الذريعة ، وهما فردان من أفراد الاستحسان المصلحي .

(١) الموافقات جـ٤ ص٢٠٨ .

(٢) انظر : بداية المجتهد جـ٢ ص٢١٩ في تخريج هذا المثال على الذرائع ، والفروق جـ٢ ص٢٠٧ ، ٢٠٨ .

القسم الثاني
من أقسام الاستحسان سد الذرائع

هذا هو القسم الثاني من أقسام الاستحسان المصلحي . والكلام فيه يشتمل على بيان حقيقة هذا المركب لغة وعرفاً ، ومذاهب العلماء فيه ومكان النزاع بينهم، وأدلة كل مذهب، وعلى بيان المذهب الراجح والمختار .

حقيقة سد الذرائع لغة :

أمَّا معنى هذا المركب لغة : فالسد : المنع والحسم والقطع(١) . والذرائع جمع ذريعة ، وهي الوسيلة ، تقول : فلان ذريعتي إلى فلان ، وقد تذرعت به إليه أي توسلت (٢)، وتذرع فلان بذريعة ، أي توسل بوسيلة (٣).

وكانت تستعمل الذريعة عند العرب أولاً فيما تألفه الناقة الشاردة من الحيوان لتضبط به (٤) . ثُمَّ نقل إلى كُلِّ ما يتوسل به حيواناً أو غيره، كان المتوسل إليه ناقة شاردة أو غيرها ، وهذا هو الذي جعلنا معنى لغوياً .

فتحصل أنَّ الذريعة لها استعمالان : أولي وثانوي ، ولعَلَّ الذريعة

---

(١) المختار مادة (س د د)، و (ح س م) .
(٢) الأساس مادة (ذرع) .
(٣) المختار مادة (ذرع) .
(٤) قال في تهذيب الفروق وأصلها عند العرب ما تألفه الناقة الشاردة من الحيوان لتضبط به ج٣ ص٢٧٥ بهامش فروق القرافي .

صارت غالبة في المعنى الثاني ، ولذا قال في مختار الصحاح : « والذريعة الوسيلة »، ولم يذكر المعنى الأول . وكذا صاحب الأساس[1] . فمعنى هذا المركب لغة على هذا هو منع الوسائل والأسباب الموصلة إلى غيرها .

حقيقة سد الذرائع اصطلاحاً :

معنى (السد) عند علماء الأصول هو معناه عند اللغويين .

أمَّا (الذرائع) فهي عندهم على نحو آخر غير ما قَدَّمْنَاه عند اللغويين .

ولهم في ذلك تعاريف متعددة ، فقد عرفها ابن العربي عدة تعاريف والشَّاطبي والقرطبي .

تعريف ابن العربي للذريعة :

عرفها ابن العربي في أحكام القرآن له ، بأنَّها : « كُلُّ عمل ظاهر الجواز يتوصل به إلى محظور »[2]. وعرفها في موضع آخر من هذا الكتاب بأنَّها : « كُلُّ عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محظور »[3].

نظرة في كلام ابن العربي :

بالنظر في تعريفي ابن العربي السابقين نجدهما متفقين في الآتي :

١ - أنَّ الذريعة فعل من الأفعال المباحة .

---

(١) انظر : كلا من المختار والأساس مادة (ذرع) .

(٢) أحكام القرآن جـ٢ ص٧٨٧ .

(٣) المرجع السابق جـ٢ ص٧٣٥ .

٢ - هذا الفعل جعل قنطرة يعبر بها إلى شيء ممنوع .

ومختلفين في الآتي :

١ - جعل الفعل المتذرع به في التعريف الثاني خصوص العقد .

٢- جعله في التعريف الأول عاماً شاملاً للعقد ولغيره لتعبيره بالعمل .

٣- جعل الوسيلة في التعريف الثاني متنوعة ، فتارة تؤدي إلى المحظور بالفعل ، وتارة تكون قابلة وممكنة إلى الأداء إليه ، ولم يذكر هذا التنويع في التعريف الأول ، بل جعل الذريعة موصلة إلى المحظور حتماً لا إمكاناً . هذا ما بين التعريفيين من ائتلاف واختلاف .

أي التعريفين أولى :

لا يمكننا الحكم بالأولوية لواحد من هذين التعريفين إلا بعد الرجوع إلى ما صدقات هذا التعريف وأفراده التي ذكرها ابن العربي عقب بيان حقيقة الذريعة ، أو التي ذكرها علماء المذهب المالكي الذين ابن العربي واحد منهم ، فأي هذين التعريفين وافق ما ذكروه كان هو الأولى .

وبرجوعنا إلى ما ذكره ابن العربي تمثيلاً لهذه القاعدة نراه ضرب لها مثلاً بقصة اليهود - لعنهم الله تعالى - حينما حرم عليهم الصيد في يوم السبت فاحتالوا بسد الأنهار يوم السبت ليصطادوا ما انحبس فيها من الحيتان في غير يوم السبت الذي منعوا من الصيد فيه .

يقول ابن العربي بعد ذكره التعريف الأول ممثلاً : « كما فعل اليهود حين حرم عليهم صيد السبت فسكروا [1] الأنهار وربطوا الحيتان فيه إلى يوم الأحد »[2].

ثُمَّ ذكر القصة ، فقال :

« اختلف النَّاس في سبب مسخهم ، فقيل : إنَّ الله حرم عليهم الصيد يوم السبت ، ثُمَّ ابتلاهم بأن تكون الحيتان تأتي يوم السبت شرعاً أي رافعة رؤسها في الماء ينظرون إليها ، فإذا كان يوم الأحد وما بعده من الأيام طلبوا منها حوتاً واحداً للصيد فلم يجدوه ، فصور عندهم إبليس أن يسدوا أفواه الخلجان يوم السبت حتَّى إذا أمسوا و أرادت الحيتان أن ترجع إلى النهر الأعظم ، وإلى غمرة البحر لم تجد مسلكاً فيأخذونها في سائر الأيام ، ففعلوا ذلك فمسخوا »[3]، فيؤخذ من تمثيله بفعل اليهود ثم تبيينه أن ذلك الفعل هو عبارة عن سد الأنهار أنَّ الذريعة فعل من الأفعال .

وإذا رجعنا لمذهب المالكية نجدهم يجعلون من فروع هذه القاعدة بيوع الآجال ، وهي عبارة عن عقدين : أحدهما : جائز، إلا أنَّه جعل طريقاً إلى العقد . والثاني : ممنوع ، مثل أن يشتري سلعة بعشرة إلى أجل ثم يشتري البائع سلعته من مشتريها منه بخمسة نقداً - أي معجلة - ، فالعقد الأول جائز في غير هذه الصورة، و إنَّمَا منع هنا لأدائه إلى العقد الممنوع وهو دفع خمسة حالة ليأخذ بدلها عشرة مؤجلة، فإذاً وجود السلعة التي

---

(١) سكر النهر : سده ، وبابه (نصر)، انظر المختار مادة : سكر .

(٢) أحكام القرآن جـ٢ ص٧٨٧ .

(٣) المصدر السابق جـ٢ ص٧٨٦ .

وردت في العقدين لغو لا مكان لها ، فكأنّه - أي المشتري الأول - دفع للبائع من أول الأمر عشرة ليأخذ بدلها خمسة معجلة [1]، والمالكية الذين منهم ابن العربي لا يعلقون المنع في بيوع الآجال على حصول المحظور ، بل يكتفون في ذلك بكون الفعل المتذرع به يمكن أن يتوصل به إلى المحظور غالباً كما هو المشهور ، أو ولو قليلاً كما هو مقابله[2] .

وفي ما سقناه عن المالكية شاهدان :

أحدهما : أنَّ الذريعة تطلق على العقد الجائز المتوصل به إلى الممنوع .

ثانيهما : عدم اشتراط حصول الممنوع من الذريعة ، بل ولو كان شأنه أن يوصل إليها ، فيمنعون من الذريعة في الحالتين : أعني حالة أدائها إلى الممنوع فعلاً ، وحالة قابليتها للأداء إليه وإن لم تؤد .

الحكم على التعريفين :

بعد ما قَدَّمْنَاه من الرجوع إلى مواقع التذرع والأفراد التي ينطلق عليها معنى الذريعة ، نرى أن لا أولوية لأحد التعريفين على الآخر ، ولا يمكننا القول بأخذ أحد التعريفين ورد الآخر ، وذلك لما اشتمل عليه كل منهما من نقص لا يمكن التغاضي عنه في بيان حقيقة الذريعة .

وإنَّما الذي ينبغي المصير إليه هو أن نلفق من التعريفين تعريفاً يمكن أن يكون عنواناً لحقيقة الذريعة عند ابن العربي ، وذلك بأن نزيد في التعريف الأول قيدَ : « أو يمكن أن يؤدِّي إلى محظور » ، وأن لا نتمسك بخصوصية

---

(١) الموافقات جـ٤ ص١٩٩ .

(٢) البحر المحيط جـ٣ أول مبحث سد الذرائع .

كون الوسيلة عقد الوارد في التعريف الثاني لما ذكرناه من شمول الذريعة عند ابن العربي للعقد وغيره من الأفعال ، كما أنَّها غير منحصرة في الذريعة المؤدية إلى الممنوع فعلاً ، بل تشتمل ما فيها قابلية الأداء إلى الممنوع .

التعريف الجامع وشرحه :

فإذا تقرر ذلك فنخلص منه إلى أن الذريعة عند ابن العربي من جملة كلامه هي :

فعل مباح يتوصل به أو يمكن أن يتوصل به إلى محظور .

ومعنى سد الذرائع على هذا هو المنع من الفعل المباح الذي يتوصل به أو يمكن أن يتوصل به إلى المحظور .

شرح التعريف :

قوله : « فعل » جنس في التعريف ، يشمل كل فعل مباح ومحظور ، وقوله : « مباح »، أخرج به الفعل المحرم المؤدي إلى محظور، كشرب الخمر المؤدي إلى ضياع العقل ، فإنَّه وإن كان ذريعة إلا أنَّهم لم يقصدوا دخوله في أفراد هذا الأصل .

وقوله : « يتوصل به ... » إلخ ، قيد لبيان الواقع لا للإخراج ، لأنَّ كل وسيلة يتوصل بها ، وهو في نفس الوقت شامل للوسيلة المؤدية فعلاً والتي يمكن أن تؤدّى .

وقوله : « إلى محظور » ، خرج به المباح المؤدِّي إلى مباح ، كما إذا

كان سب آلهة الكفار يؤدي إلى استكانتهم وضعفهم وإذلالهم، ولا يتمكنون من مبادلة المسلمين بالسب ، فهذا الحاصل من المسلمين لا يسمى ذريعة اصطلاحاً ، وإن سمي لغة .

شرح سد الذريعة المأخوذة من كلام ابن العربي :

ولعل ابن العربي عدد التعريف نظراً منه إلى أن الوسائل والذرائع يكون في العقود وغيرها ، فعرفها بالعقد نظراً إلى الأول وعمم في الثاني ليشمل جميع أنواعها . والله أعلم .

تعريف الباجي :

وقريب من قول ابن العربي كلام الباجي في تعريف الذريعة ، فقد قال فيها هي : المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى المحظور[١] .

فقوله : « المسألة ... » إلخ ، شامل للفعل مطلقاً عقداً كان أو غيره .

فسب الكفار مباح أو مأذون فيه ، فهذه مسألة ، إذ المسألة عبارة عن قضية يقام عليها الدليل ، وكُلٌّ من إباحة سب الكفار وجواز البيع مسألة يستدل عليها .

فإذا أدَّى سب الكفار إلى سب الله تعالى ، وأدَّى بيع السلعة بمائة إلى أجل إلى شرائها بخمسين نقداً ، فقد أدَّت المسألة المباحة إلى المحظور ، وهو سب الله تعالى ، والسلف بمنفعة الذي هو نوع من الربا .

إلا أنَّ هذا التعريف لم يذكر فيه الوسيلة الممكنة أن تؤدِّي إلى المحظور ؛ لأنَّه قصر الوسيلة على ما أدَّى إلى المحظور ، فيكون ما تَقَدَّم أوفى .

---

(١) انظر : مبحث سد الذرائع من البحر المحيط جـ٣ .

تعريف القرطبي:

وبمعنى تعريف ابن العربي تعريف القرطبي في تفسيره: الجامع لأحكام القرآن، فقد قال فيها: « والذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في الممنوع »[1]، فالأمر شامل للذريعة مطلقاً عقداً أو غيره، وأفاد قوله: « يخاف من ارتكابه ... » إلخ، أنَّ المقطوع بأدائه إلى الممنوع من الذرائع أولوي في المنع.

ثُمَّ هو شامل لجميع ما هو ذريعة سواء كان مؤدياً به إلى المحظور في جميع الأحوال أوفي الغالب أو استوى الأمر فيه أو كان أداؤه مرجوحاً، وكذا التعريف الذي اخترناه من عبارة ابن العربي فإنَّه أطلق في جانب الوصول إلى المحظور فلم يحدده بحالة دون حالة، كما أن كُلاًّ منهما يشمل الذريعة المستلزمة للمحظور؛ لأنَّها يقال فيها أيضاً: موصلة للمحظور، وتوصيلها حتمي.

اعتراض وجوابه:

يمكن أن يقال في تعريف ابن العربي: إنَّه غير جامع لقصوره على الذريعة الفعلية دون القولية، مع أنَّ الذريعة تطلق عليهما، فسب الأصنام ذريعة قولية، وحفر البئر في طريق المارة بقصد الوقوع فيها ذريعة فعلية، والتعريف إنَّمَا يشمل الثانية.

ويجاب بأنَّ مراده من الفعل ما يصدر من الإنسان مطلقاً كان عن طرق اللسان أو غيره من بقية الجوارح، فليس المراد به ما قابل القول، فيكون شاملاً للقول. والله أعلم.

---

(١) تفسير القرطبي جـ٢ص٥١ .

تعريف الشَّاطبي :

عرفها الشَّاطبي - رحمه الله - بقوله : هي التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة [1] .

فالتوسل مصدر أي فعل فاعل ، ومعناه أن يتوصل الإنسان بفعل هو مصلحة إلى مفسدة ، و أطلق على الفعل مصلحة مجازاً لأنَّه وسيلة إليها ، من إطلاق المسبب و إرادة السبب ، لأنَّ الشأن في المصلحة أن يتوسل إليها لا بها .

وقوله : إلى مفسدة : أي نتيجة ناشئة عن الفعل محظورة شرعاً ؛ لأنَّ المفاسد منهي عنها شرعاً .

ما يؤخذ على هذا التعريف :

يؤخذ على هذا التعريف أنَّه فيه تعريف الشيء بغيره ، فهو تعريف بالمباين ، لأنَّ التوسل كما قَدَّمْنَا فعل المتوسل ، والذريعة شيء يحصل به التوسل ، فهي آلة ، والتوسل استعمالها ، فبينها تناف من حيث إنَّ أحدهما شيء يتوسل به ، والثاني هو التوسل بذلك الشيء .

الجواب على هذا أو ما يمكن أن يجاب به على هذا :

قد يجاب بأنَّ الشَّاطبي نظر إلى الذرائع باعتبار تلبس الإنسان بها .

ويرد هذا بأنَّه مثَّل لها بما يفيد أنَّه يريد منها نفس الوسيلة المتوسل بها ، لا التوسل ، لأنَّه قال عقب التعريف : « فإن عقد البيع أولاً على سلعة

---

(١) انظر : الموافقات جـ٤ ص١٩٩ .

بعشرة إلى أجل ظاهر ، الجواز من جهة ما يتسبب عن البيع من المصالح على الجملة ، فإذا جعل مآل ذلك البيع مؤدياً إلى بيع خمسة نقداً بعشرة إلى أجل بأن يشتري البائع سلعته من مشتريها بخمسة نقداً ، فقد صار مآل هذا العمل إلى أن باع صاحب السلعة من مشتريها منه خمسة نقداً بعشرة إلى أجل ، والسلعة لغو لا معنى لها في هذا العمل »[1] .

فقوله : « إن عقد البيع ... » إلخ ، يتسبب عنه المصالح ، صريح في أنَّه يريد بالتوسل الوسيلة إذ المصالح وسيلتها البيع ، فيكون عبر بالتوسل عن الوسيلة .

كما يستفاد منه أيضاً أنَّ المصلحة التي وردت في التعريف ، المراد بها وسيلة الفيء لا المصلحة الحقيقية ، لأنَّه فسرها بعقد البيع الذي هو سبب المصالح الحقيقية ، يؤخذ ذلك من قوله : من جهة ما يتسبب عن البيع من المصالح . والله أعلم .

الموازنة بين تعريفي ابن العربي و الشَّاطبي :

بالنظر في التعريفين نجد أن كُلاً منهما فيه أن الذريعة فعل مباح يؤدي إلى ممنوع .

ووجه ذلك ظاهر في كلام ابن العربي كما تقَدَّم بسطه ، أمَّا في كلام الشَّاطبي فإنَّه قال عن الفعل المتذرع به : إنَّه مصلحة ولا يكون الفعل ذا مصلحة إلا إذا كان مباحاً ؛ لأنَّ الفعل المحظور مصلحته غير معتبرة

(١) انظر : الموافقات جـ٤ ص١٩٩ .

شرعاً ، وكذلك المفسدة المتذرع إليها التي عبر بها الشَّاطبي محظورة ، فقد ساوت عبارته إذاً عبارة ابن العربي .

وقد أطلق ابن العربي في الذريعة فتارة عبر فيها بالفعل وتارة بالعقد ، ويمكن أخذ ذلك من كلام الشَّاطبي ، إذ المصلحة المعبر بها عن الفعل المتذرع به لم يقيدها بكونها عقداً أو غيره .

أمَّا شمول الذريعة عند الشَّاطبي لما يوصل ولما يمكن أن يوصل فيؤخذ من كلام الشَّاطبي في موضع آخر ، فقد ذكر أقسام الذريعة من حيث القطع بأدائها إلى المحظور وكون ذلك الأداء غالباً أو مساوياً أو مرجوحاً ، وسيأتي إن شاء الله في مبحث تحرير محل النزاع .

بين المالكية والشافعية في حقيقة الذريعة :

الذريعة بمعناها المتقَدِّم متفق عليها فيما أعلم لأنِّي لم أجد فيما اطلعت عليه من جعل حقيقتها مغايرة لما ذكرنا .

وقد ذكر الزركشي في البحر المحيط عن بعض متأخري الشَّافعية الذريعة وأقسامها على غرار ما هو عند المالكية ، فإذاً الجميع متفقون على أنَّ الفعل المباح المتوصل به إلى المحظور يسمَّى ذريعة إلا في صورة واحدة ، وهو ما إذا كانت الذريعة ملازمة للمحظور بحيث لا يتخلف عنها ، فالشَّافعية تسميها وسيلة لا ذريعة ، يقول ابن السبكي راداً على من قال إنَّ الشَّافعي - رضي الله عنه - يقول بسد الذرائع : « و إنَّمَا أراد الشَّافعي - رحمه الله - تحريم الوسائل لا سد الذرائع ، والمسائل تستلزم المتوسل إليه » [1] .

---

(١) انظر : تهذيب الفروق بهامش الفروق للقرافي جـ٣ ص٢٧٧ .

فأفاد أنَّ الوسائل عندهم غير الذرائع ، وإلا فلا فرق بين تحريم الوسائل وسد الذرائع لو كانا بمعنى . وعند المالكية اللفظان بمعنى واحد ، قال القرافي : « الفرق الثامن والخمسون بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل ، وربما عبر عن الوسائل بالذرائع ، وهو اصطلاح أصحابنا ، وهذا هو المشهور في مذهبنا »[1] .

المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للذرائع :

وبالنظر في تعريف الذرائع لغة ، وتعريفها اصطلاحاً نجد بين التعريفين اتصالاً وثيقاً ، وذلك من حيث إنَّ المعنى الاصطلاحي جزئي من جزئيات المعنى اللغوي ، وفرد من أفراده ، فبينهما العموم والخصوص المطلق ، يجتمعان في المعنى الاصطلاحي وتنفرد الذرائع لغة في غيره مما ليس اصطلاحياً .

ووجه عموم المعنى اللغوي أن الوسيلة فيه شاملة لكل وسيلة كانت مباحة أو محرمة ، وكان المتوسل إليه مباحاً أو محظوراً .

ووجه الخصوص في المعنى الاصطلاحي أنَّ الذريعة فيه خاصة بالذريعة المباحة ، كما أنَّ المتوسل إليه خاص بما هو محظور ، فيجتمعان كما قَدَّمْنَا في :

١ - العقد المباح الذي يتوصل به إلى الربا وينفرد المعنى اللغوي في فعل مؤدٍّ إلى الهلاك قصد به فاعله ذلك ، فالفعل حرام في نفسه ، والقتل حرام .

---

(١) الفروق جـ٢ ص٣٢ .

٢ - في فعل مباح مؤدٍّ إلى فعل مباح ، كسَبِّ الأصنام المؤدِّي إلى خضوع الكفار من غير أن يحصل منهم سب ، فهذا ذريعة لغة لا اصطلاحاً . والله أعلم .

وبهذا يعلم أنَّ ما مثل به كل من ابن القيم و القرافي من وضع السم في الطعام الذي يؤدِّي إلى الهلاك، وشرب الخمر المؤدي إلى ضياع العقول، ليس من الذريعة العرفية في شيء، و إنَّمَا هو معنى لغوي فحسب . والله أعلم .

مذاهب العلماء في سد الذرائع

انقسم العلماء في هذا الأصل إلى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول:

القول بسد الذرائع مطلقاً ، أعني كانت الذريعة مستلزمة للمحظور أم لم تكن ، كانت في حالة عدم الاستلزام مقطوعاً بحصولها أو غلب حصولها أو تساوى أو كان الحصول أقل ولم يصل إلى حد الندرة ، ونسب لبعض أصحاب مالك .

المذهب الثاني:

المنع من سد الذرائع مطلقاً إلا في حالة ما إذا استلزمت الذريعة المحظور ، ونسب للشَّافعي وأبي حنيفة - رضي الله عنهما - .

المذهب الثالث:

التفصيل بين ما استلزم من الذرائع المحظور أو قطع بحصول المحظور به أو غلب حصول المحظور منه ، فتسد الذريعة حينئذ ، وبين ما كان

حصول المحظور فيه مساوياً أو أقل ، فلا تسد الذريعة .

ونسب هذا جمهور المالكية لمالك - رضي الله عنه - وأحمد بن حنبل ، ويفهم من كلام بعض العلماء قول الشَّافعي بذلك .

تحقيق نسبة هذه المذاهب لقائليها

المذهب الأول :

نسب هذا المذهب لبعض أصحاب مالك القرطبي ، فقد قسم الذرائع ، فجعل بعضها ملازماً للمحظور ، وبعضها غير ملازم له ، ثمَّ قسم هذا الثاني إلى ما يفضي غالباً أو ينفك غالباً أو يتساوى فيه الأمران ، ثم قال : فالأول من هذه الثلاثة لا بد من مراعاته ، والثاني والثالث اختلف الأصحاب فيه : فمنهم من يراعيه ، ومنهم من لا يراعيه ، وربما يسميه التهمة البعيدة والذرائع الضعيفة (١) .

فأثبت القول بالذرائع التي يتساوى فيها الوقوع في المحظور والتي يترجح فيها جانب عدم الوقوع لبعض المالكية ، فإذا قالوا بهذين فهم قائلون بما يحصل قطعاً وما يغلب حصوله من باب أولى ، فثبت بهذا قولهم بجميع الذرائع .

وقد نقل القرافي عن ابن مسلمة المنع من الذرائع جميعها في بيوع الآجال ، كان مما يكثر المعاملة بها أم لا ، وجعل علة منع هذه البيوع مجرد وجود ذريعة الربا ، كثر أداؤها إلى الربا أم لا ، ولا فرق في الذرائع بين

---

(١) البحر المحيط جـ٣ مبحث سد الذرائع .

البيوع وغيرها ، وإليك نص القرافي وهو يذكر أساس القولين في مذهب مالك القول الذي يشترط في منع الذرائع أداء الذريعة إلى الفساد غالباً ، والذي يسدها مطلقاً غلبت أم لم تغلب ، قال :

تنبيه :

قال اللخمي : اختلف في وجه المنع في بيوع الآجال ، أبو الفرج لأنَّها أكثر معاملات أهل الربا ، وقال ابن مسلمة : « بل سد لذرائع الربا »(١) .

فأبو الفرج يجعل علة المنع كون الذريعة أكثر المعاملات التي تؤدِّي إلى المحظور ، فلو لم تكن الذريعة كذلك لا يمنع البيع .

وابن مسلمة جعل العلة كون الشيء ذريعة إلى الربا ، فمتى ما ثبت كونه ذريعة منعه ، كان أغلب أم لا . والله أعلم .

المذهب الثاني:

وممن نسب القول بمنع سد الذرائع للشَّافعي في جميع صورها إلا ما استلزم المحظور : ابن السبكي ، فقد قال : لقد أطلق القرافي قاعدة الذرائع على أعم منها ، وزعم أنَّ كل أحد يقول ببعضها ، مع أنَّ الشَّافعي لا يقول بشيء منها(٢) .

فقد نفى أن يكون الشَّافعي قائلاً بسد الذرائع في صورة من صورها ، والذي قلنا : إنَّ الشَّافعي قال به لم يجعله ابن السبكي من الذرائع ، بل من

---

(١) الفروق جـ٣ ص٢٨٦ .

(٢) انظر : حاشية العطار جـ٢ ص٣٦٤ ، وتهذيب فروق القرافي جـ٣ ص٢٧٧ .

الوسائل ، والوسائل عندهم غير الذرائع ، ولكن لما كانت ينطبق عليها تعريف الذرائع جعلناها نوعاً منها ، وقلنا : إنَّهم يقولون بها في هذا النوع .

وقال الباجي : « قال أبو حنيفة والشَّافعي : لا يجوز القول بسد الذرائع »[1] .

وقال ابن العربي في تفسير قوله تعالى : ﴿وَاسْأَلْهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ...﴾[2] الآية :

« وتابعه عليها أحمد بن حنبل في رواية عنه ، وخفيت على الشَّافعي وأبي حنيفة مع تبحرهما في الشَّريعة »[3] .

فقد أفاد هذان الإمامان إنكار أبي حنيفة والشَّافعي لهذا الأصل .

المذهب الثالث :

وممن نسب القول بسد الذرائع فيما إذا أدت الذريعة إلى المحظور ، أو كان أداؤها غالباً : القرطبي ، فقد قال : « وسد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه ، وخالفه أكثر النَّاس تأصيلاً وتأسيساً ، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلاً » .

ثُمَّ قال : « فإذا غلب حصول المحظور من الذريعة لا بد من السد ، وإذا ساوى أو كان عدم الحصول هو الغالب ، فاختلف الأصحاب ، فبعضهم سد الذريعة ، وبعضهم منع سدها ، ووصف هذا بالتهمة البعيدة والذرائع الضعيفة »[4] .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ مبحث سد الذرائع .

(٢) سورة الأعراف : الآية ١٦٣ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص٧٨٧ .

(٤) انظر : البحر المحيط جـ٣ في أول مبحث سد الذرائع .

وقال الباجي : « ذهب مالك إلى القول بسد الذرائع »[1]، ولم يبين في أي صورة يقول به .

وقد تقَدَّم نسبة القول بها لمالك وأحمد بن حنبل عن ابن العربي .

وقال القرافي : فمتى كان الفعل السالم المفسدة وسيلة إلى المفسدة منعنا من ذلك الفعل ، وهو مذهب مالك - رحمه الله -[2] .

وقال القرطبي في تفسيره : « التمسك بسد الذرائع هو مذهب مالك وأصحابه ، وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه »[3] .

نصوص الحنابلة في سد الذرائع :

قال ابن قدامة في المغني : « فصل : والحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدِّين ، وهو أن يظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً ؛ مخادعةً وتوسلاً إلى فعل ما حرم الله تعالى واستباحة محظوراته ، أو إسقاط واجب ، أو دفع حق ونحو ذلك »[4] .

وقال الخرقي في مسألة العينة ، وهي المسماة ببيوع الآجال عند المالكية : « ومن باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها به »[5] .

قال ابن قدامة شارحاً ذلك : « وجملة ذلك أنَّ مَنْ باع سلعة بثمن مؤجل ثُمَّ اشتراها بأقل منه نقداً لم يجز في قول أكثر أهل العلم ، روي

(١) البحر المحيط جـ٣ في مبحث سد الذرائع .
(٢) الفروق جـ٢ ص٣٢ .
(٣) جـ٢ص٥١ .
(٤) المغني لابن قدامة جـ٤ ص٦٢ .
(٥) انظر : الخرقي مع شرح المغني جـ٤ ص١٩٣ .

ذلك عن ابن عبَّاس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال أبو الزناد وربيعة وعبد العزيز بن مسلمة والثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي » . ثُمَّ قال : « لأنَّ ذلك ذريعة إلى الربا ، فإنَّه يدخل السلعة ليستبيح لها بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم ... والذرائع معتبرة كما قَدَّمْنَاه » . ثُمَّ قال : « نَصَّ أحمد على هذا كله »[1] .

وقال في الإقناع عقب ذكره هذه المسألة - مسألة العينة - : « لأنَّ ذلك ذريعة إلى الربا ليستبيح بيع ألف بنحو خمسمائة إلى أجل ، والذرائع معتبرة في الشَّرع »[2] .

وقال ابن القيم في أعلام الموقعين : « القول أو الفعل المفضي إلى المفسدة أقسام :

الأول : الفعل المحرم يفضي إلى المفسدة ، كشرب الخمر يفضي إلى فساد العقل .

والثاني : فعل مباح يفضي إلى المفسدة .

والثالث : فعل مباح يفضي إليها غالباً .

والرابع : فعل مباح يفضي غالباً إلى المفسدة » .

ثُمَّ قال : « فالأول ممنوع شرعاً ، والآخر جائز شرعاً ، والثالث والرابع محل خلاف ، واختار منع الوسيلة فيهما »[3] .

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة جـ٤ ص١٩٣ ، ١٩٤ .

(٢) نقله في تهذيب فروق القرافي جـ٣ ص٢٧٦ .

(٣) أعلام الموقعين بتصرف جـ٣ ص١٢٠ ، ١٢١ .

فأفاد كلامه قول الحنابلة بالذرائع وأنَّهم يقولون بها في حالة ما إذا أفضت إلى المحظور أو غلب إفضاؤها ، وفهم من كلام غيره من الحنابلة وتمثيلهم ببيوع الآجال أنَّ مثل الغالب ما كثر أداؤه إلى المفسدة ، كبيوع الآجال ، فكان مذهب الحنابلة كما نقلناه عن الخرقي وابن قدامة وابن القيم مطابقاً للمذهب الثالث القائل بسد الذرائع في حالة إفضائها أو كثرة إفضائها ، لا ما إذا كان الإفضاء مرجوحاً ، فلا يسدون الذريعة ، ولذا قال ابن القيم في القسم الرابع بالإباحة شرعاً .

تحقيق مذهب مالك :

لقد قَدَّمْنَا أنَّ في مذهب مالك رأيين :

أحدهما : يسد جميع الذرائع إلا ما يندر أداؤه إلى المحظور .

والثاني : يسدها فيما إذا أدَّت إلى المحظور أو غلب أداؤها ، لا ما ساوت أو كان أداؤها أقل ، كما قَدَّمْنَا ذلك عن القرطبي .

وقد ذكر الشَّاطبي أقساماً للذريعة ، فأفاد أنَّ ما أفضت فيه الذريعة إلى المحظور أو كان إفضاؤها غالباً تسد فيه الذريعة ، وما كان فيه الإفضاء نادراً لا تسد والمستوي الطرفين فيه خلاف ، فحكي عن مالك القول به ، ولَعَلَّ هذا بناء على القول الثاني في المذهب الذي قال فيه القرطبي : إنَّه يلزم عليه اتباع التهم البعيدة والذرائع الضعيفة ، وسيأتي تحقيق كلام الشاطبي عند تحرير محل النزاع .

ومما يدلُّ على ضعف القول بسد الذرائع في جميع صورها حكاية

القرافي له بقيل، حيث قال فيما بعدت فيه تهمة الربا: « إنَّ العقد جائز ». ثُمَّ قال: « وقيل: يمنع حماية للذريعة »[1]، فاستفيد من كلام القرافي وحكايته القول الذاهب إلى السد في جميع الصور بقيل، ووصف القرطبي إيَّاه بأنَّه أخذ بالتهم الضعيفة رجحان القول بسد ما غلب أداؤه إلى المفسدة من الذرائع، دون ما تساوى فيه الأمران أو كان أداؤه أقل. والله أعلم.

ولا شَكَّ أنَّ كل طائفة من الطائفتين ترى أنَّ ما ذهبت إليه هو مذهب مالك؛ لأنَّهم إنَّمَا يصدرون عن رأيه مقلدين له فيما يرونه.

فكأنَّ المذهبين حينئذ منسوبان لمالك إلا أنَّ القول بسد الذرائع المفضية أو الغالب فيها الإفضاء هو قول الأكثر تقريباً أو المشهور.

فالخلاصة من هذا أنَّ مذهبي المالكية والحنابلة اتفقا في القول بسد الذرائع، وفي مقدار القول بها، فكان مذهبهم متحداً أعني مذهب الحنابلة مع الراجح من مذهب مالك. والله أعلم.

تحرير محل النزاع في الذرائع

مقدمة:

إنَّ مبحث سد الذرائع هو أحد المباحث المندرجة تحت اسم الاستحسان، ولَمَّا كان هذا الاستحسان نوعاً من المصالح المرسلة، كان خروج الذرائع التي نص الشَّارع على منعها أمراً ضرورياً، لأنَّ الكلام إنَّما هو في ذرائع لم ينص الشَّارع عليها بالمنع أو الإباحة، أمَّا ما نصَّ الشَّارع عليه فلا خلاف فيه؛ لأنَّ نصَّ الشَّارع واجب الاتباع إجماعاً.

---

(١) الفروق جـ٣ ص٢٦٩.

فسب الأصنام ذريعة من الذرائع المؤدية إلى الفساد ، فلمَّا نصَّ الشَّارع على منعها لم يكن لأحد أن يخالف في ذلك . هذا شأن ما نص الشَّارع عليه من الذرائع . أمَّا ما لم ينص عليه منها فهو أقسام :

١ - ما يؤدِّي إلى المحظور حتماً بحيث لا يتخلف المحظور عن فعل الذريعة ، فيوجد بوجودها وينعدم بانعدامها .

٢ - ما يؤدِّي إلى المحظور ، بحيث لو حصلت الذريعة حصل المتفرع إليه ، إلا أنَّ ذلك ليس على طريق اللزوم كما في الأول .

٣ - ما يكون أداؤه إلى المحظور غالباً .

٤ - ما يكون دون الغالب .

٥ - ما يكون أداؤه نادراً .

فأقسام الذرائع لا تخرج عن هذه الأقسام ، كما نبه عليه العلماء في كتبهم .

المتفق عليه من هذه الأقسام :

لقد اتفق العلماء على سد الذريعة إذا كانت من القسم الأول ، وإن كان بعضهم لا يرى إطلاق اسم الذريعة عليه ، بل يقول : إنَّ هذا وسيلة وليس بذريعة ، وبعضهم لا يفرق بين الوسائل والذرائع .

فابن السبكي من الشَّافعية يصرِّح بأنَّ هذا النوع ليس من الذرائع بل هو من الوسائل ، وكذا يرد على القرافي في حكايته الإجماع على أصل القول

بسد الذرائع ، بناء على أنَّ العلماء كلهم قد قالوا بهذا النوع ، فردَّ ابن السبكي عليه بأنَّ ما حكيت فيه الإجماع ليس من الذرائع .

وإليك نص ابن السبكي في هذا قال : « وقد أطلق القرافي هذه القاعدة - أي قاعدة سد الذرائع - على أعم منها ، ثُمَّ زعم أنَّ كل أحد يقول ببعضها ، مع أنَّ الشَّافعي لا يقول بشيء منها . . وأن ما ذكره من أنَّ الأئمة أجمعت عليه ليس من مسمى سد الذرائع في شيء »[1] .

والذي ذكره القرافي مِمَّا أجمعت عليه الأمَّة هو مسألة حفر البئر في طريق المسلمين .

والقرافي لا يرى فرقاً بينهما فقد قال : « وربما عبر عن الوسائل بالذرائع ، وهو اصطلاح أصحابنا »[2] .

وخلافهم في التسمية لا يترتب عليه ثمرة ، وغاية الأمر أنَّ الجميع متفقون على ذلك ، سمي بالوسائل أو الذرائع .

كذلك اتفقوا على أنَّ الذريعة لا تسد إذا كانت من القسم الأخير وهو ما كان حصول المحظور به نادراً .

قال ابن عبد السَّلام في القواعد : « القسم الثالث : ما لا يترتب مسببه إلا نادراً ، فهذا لا يحرم الإقدام عليه إذ لا يجوز تعطيل المصالح الغالبة لوقوع المفاسد النادرة »[3] ، وأفاد الشَّاطبي في هذا القسم أنَّه مأذون فيه ولا

---

(١) تهذيب الفروق جـ٣ ص ٢٧٧ .

(٢) الفروق جـ٢ ص ٣٢ .

(٣) قواعد الأحكام لابن عبد السَّلام جـ١ ص٨٥ .

ينظر إلى ما يمكن حصوله من المفسدة النادرة ، ودليل الإذن فيه أنَّه لا توجد مصلحة في الوجود عادة خالية من الإشابة بالمفسدة ولو نادرة ، فلم يلتفت الشَّارع إلى ندرة المفسدة .

وإليك نصُّه في هذا القسم ، قال : « فهو على أصله من الإذن ، لأنَّ المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالندور في انحرافها ، إذ لا توجد في العادة مصلحة عريّة عن المفسدة جملة ، إلا أنَّ الشَّارع إنَّمَا اعتبر في مجاري الشَّرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندرة المفسدة »[1] .

حكم بقية أقسام الذرائع :

أمَّا بقية الأقسام غير هذين القسمين فالنَّاس فيها على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : أنَّها مختلف فيها بين العلماء ، فبعضهم يسد الذرائع فيها ، وبعضهم يمنع سد الذرائع فيها ، وهذا ما ذهب إليه ابن السبكي فقد قال : « ولم يعتبر الشَّافعي شيئاً من هذه القاعدة » ، وأثبت له القول بالقسم الأول وإن كان قد سماه وسائل لا ذرائع .

الرأي الثاني : أنَّ الخلاف فيما عدا القسم الذي يقطع بأداء الوسيلة فيه إلى المفسدة ، أمَّا هذا فلا خلاف فيه ، وذهب إلى هذا بعض الشَّافعية ولعله السبكي تقي الدِّين .

فقد ذكر صاحب البحر المحيط أنَّ بعض الشَّافعية نسب القول بسد الذرائع للشَّافعي ، ونازعه في هذه النسبة بعض المتأخرين ، ثُمَّ ذكر عن بعض المتأخرين مذهب الشَّافعي في الوسائل والذرائع ، فأفاد أنَّ الشَّافعي

(١) الموافقات جـ٢ ص ٣٥٨ ، ٣٥٩ .

يقول بالوسائل وهي ما لازمت المتوسل إليه ، وأنَّه يقول بالذرائع إذا قطع بحصول المتذرع إليه وهو المحظور ، وإليك عبارته في ذلك :

قال : واعلم أنَّ ابن الرفعة حاول تخريج هذه القاعدة على مذهب الشَّافعي من قوله في الأم : « إن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل، وكذا ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله ... » إلخ كلامه .

ثُمَّ قال : « ونازعه بعض المتأخرين وقال : إنَّمَا أراد الشَّافعي – رحمه الله – تحريم الوسائل لا سد الذرائع ، والوسائل مستلزمة للمتوسل إليه » .

ثُمَّ ذكر أقسام الذرائع عند هذا البعض ، وأنَّها ثلاثة فقال :

أحدها : ما يقطع بتوصيله إلى الحرام فهو حرام عندنا وعندهم . وساق بقية الأقسام ، ثُمَّ عقب عليها بقوله : ونحن نخالفهم في جميعها إلا القسم الأول »[1] .

فأفاد كلام هذا البعض وهو يرد على ابن الرفعة أنَّ الشَّافعي يقصد من كلامه في الأم : الوسائل وهي ما لازمت المحظور ، أمَّا الذرائع فهو لا يقول بها جميعها ، وإنَّمَا يقتصر فيها على ما قطع بحصول المفسدة به .

وقد ذكر ابن السبكي أنَّ الذي نازع ابن الرفعة هو والده تقي الدين السبكي ، وذكر ما نقله الزركشي عن بعض الشَّافعية بنصه عن والده ، إلا أنَّه لم يذكر أقسام الذرائع ، وما يأخذ به الشَّافعية منها ، بل اقتصر على أنَّ الشَّافعي يأخذ بالوسائل ، وهي ما لازمت المحظور كما قَدَّمْنَاه عنه ، ولا يأخذ بشيء من الذرائع ، لذا قلنا : إنَّه يرى أنَّ جميع الذرائع غير المستلزمة للنوع مكان نزاع .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ مبحث الذرائع .

الرأي الثـالث : يجـعل دائرة الاتفـاق أوسع نطاقـاً منهـا في الـرأيين السابقين ، فيـقول : إنَّ الاتفاق يشمل ما قطع بحصـول المحظور فيه من الذرائع ومـا غلب حـصوله منهـا ، ويرى الخـلاف فيـمـا عـدا ذلك ، وهو المساوي ، وما كان حصول المحظور فيه مرجوحاً .

وإلى هذا الرأي ذهب جمع من الأصوليين ، منهم : الشَّاطبي ، وابن عبد السَّلام ، وابن الرفعة .

كلام الشَّاطبي في هذا المقام:

قسم الشَّـاطبي الفعل المأذون فيـه المؤدِّي إلى الضـرر وهو المسـمى بالذريعة اصطلاحاً ، إلى أقسام ؛ لأنَّه : إمَّا مقطوع بحصول المفسدة منه ، أو كان الغالب حصولها ، أو العكس ، أو استوى الأمران .

والفعل في جميع هذه الأقسام مفروض فيه أنَّه لا يلحق الفاعل بتركه ضرر ، وإنَّمَا الضرر فيه لاحق بغيره فقط .

فالقسم الأول : وهو مـا قطع بحـصول الضـرر ، مثل : حـفر البئر خلف باب الدار في الظلام ، بحيث يقع الداخل فيها بلا بد وشبه ذلك .

ولهذا الفعل نظران نظر إلى الفعل في حد ذاته من حيث كونه مـأذوناً فيه بقطع النظر عما يؤدِّي إليه من مفسدة ، فيكون جائزاً لا محظور فيه .

ونظر من حيث كونه مؤدياً إلى مفسدة قد علم الفاعل أنَّ فعله مؤدٍّ إليها ، فيكون فعله هذا مظنة لقصد ضرر الغير ، فلا يجوز .

ثُمَّ الفعل المأذون فيه إمَّا أن يكون مباحاً أو مطلوباً ، فإن كان مبـاحاً

فليس من المعقول الإذن فيه ليكون مصير ذلك ضرر الغير ، إذ الشَّارع لا يبيح ضرر الغير في سبيل تحصيل فعل لا يحصل بتركه ضرر، وإقدام الفاعلِ على فعل هذا شأنه مظنة الإضرار بالغير ، فلهذا كان الفعل ممنوعاً .

وإن كان مطلوباً وأمكن الإتيان به - أي الفعل - على وجه لا يكون فيه ضرر الغير ، كان فعله على هذا الوجه الذي يحصل به الضرر للغير فيه نوع تقصير من الفاعل ، إذ لو بحث لوجد لهذا الفعل طريقاً آخر يؤدَّى به لا يحصل فيه ضرر للغير ، فلهذا منع أيضاً ، ففعله على كلا التقديرين ، أمَّا ناتج كما قال الشَّاطبي من تقصير في النظر المأمور به من حيث عدم طلبه لوجه الفعل الذي لا يترتب معه ضرر ، وهذا ممنوع ، وإمَّا لأنَّ فعله هذا مظنة الإضرار بالغير وهو ممنوع أيضاً ، فيكون ممنوعاً من ذلك الفعل باحتماليه [1] .

فحفر البئر في المثال المتقدم إن كان لمصلحة فيه مباحة يمكن الاستغناء عنها كان حفره المؤدِّي إلى المفسدة قطعاً مظنة الضرر ، وإن كان به حاجة إلى الحفر فيعد مقصراً ؛ لأنَّه يمكنه حفرها في موضع لا يحصل به الضرر للغير كأن يحفرها بعيداً عن الأمكنة التي يمر بها النَّاس .

القسم الثاني : ما كان إفضاء الفعل فيه إلى الضرر نادراً ، مثل : حفر البئر في مكان الغالب ألا يقع فيها أحد ، ومثل ذلك أكل الأغذية التي في الغالب لا يحصل بها ضرر ، فهذا الفعل مأذون فيه ، ولا ينظر إلى ما يمكن حصوله من المفسدة نادرة .

---

(١) انظر : الموافقات جـ٢ ص٣٥٧، ٣٥٨ .

يقول الشَّاطبي في هذا القسم فهو على أصله من الإذن ، لأنَّ المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالندور في انخرامها ، إذ لا توجد في العادة مصلحة عريَّة عن المفسدة جملة ، إلا أنَّ الشَّارع إنَّمَا اعتبر في مجاري الشَّرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة »[1] .

ونظير هذا القسم من حيث إن النادر غير معتبر شرعاً - أنَّ الشَّارع قضى بالشهود في الدماء والأموال والفروج ، مع إمكان الكذب والوهم والغلط من الشهود ، وأباح الفطر في السفر ولم ينظر لما ندر من عدم المشقة بالنسبة لبعض الأفراد ، ولذا اعتبر خبر الواحد في بناء الأحكام عليه مع احتمال الوهم والخطأ والسهو وما إلى ذلك ، ولكن لما كانت هذه الأشياء نادرة يضعف تحقيقها لم يعبأ بها وأجرى الأمر على الغالب »[2] . وهذان القسمان لا خلاف فيهما حسبما أفادت عبارة الشاطبي .

القسم الثالث : وهو ما يكون المفسدة فيه مظنونة ، كبيع السلاح من أهل الحرب ، والعنب من الخمار ، وبيع ما يغش به ممن شأنه الغش ونحو ذلك .

فلو نظرنا إلى أنَّ الفعل مأذون فيه بقطع النظر عن المفسدة المترتبة غالباً حكمنا بجواز الفعل ، أمَّا إذا نظرنا إلى ما يترتب عليه من المفسدة الراجحة فيحتمل وجهان : أولهما : المنع ، إجراءً للظن مجرى العلم ، فيمنع الفاعل من القيام بهذا الفعل ، إمَّا لاتهامه بقصد ضرر الغير بفعل لا يلحقه

---

(١) الموافقات جـ٢ ص٣٥٨، ٣٥٩ .

(٢) المرجع السابق جـ٢ ص٣٥٩ بتصرف .

بتركه ضرر، أو بتقصيره في طلب وجه آخر للفعل لا يحصل به الضرر على غرار ما تقدم فيما علم فيه القطع بالمفسدة.

ثانيهما: الجواز، نظراً لاختلاف الفعل هنا عنه هناك، من حيث إنَّه يجوز تخلف المفسدة هنا وإن كان نادراً، وذلك قطع فيه بحصول المفسدة فليس هذا مثل ذلك، فلا يأخذ حكمه، ولكن يقوي الوجه الأول: أنَّ الظن يجري مجرى العلم في العمليات بخلاف الاعتقاديات، كالإيمان بالله وغيره من المعتقدات، لذلك رجح الشَّاطبي القول بالمنع في ذلك حيث قال: فهل يجري الظن مجرى العلم فيمنع من الوجهين المذكورين أم لا؛ لجواز تخلفهما وإن كان التخلف نادراً، ولكن اعتبار الظن هو الأرجح لأنَّ الظن في أبواب العمليات جارياً مجرى العلم، فالظاهر جريانه هنا [1].

القسم الرابع: أن يكون حصول المفسدة من الفعل الثانوي فيه ليس غالباً ولا نادراً بل مستوي الطرفين، فهل يكون الفعل مأذوناً فيه، أو ممنوعاً؟ فيه خلاف، فالشافعي ومَنْ سلك مسلكه يرى جواز الفعل، ومالك ومَنْ وافقه يرى المنع.

وقد استدلَّ الشَّاطبي للشَّافعي ومَنْ معه أولاً: بأنَّ الأصل في هذا الفعل الحمل على الأصل من صحة الإذن، فيجوز فعله بناء على هذا.

---

(١) الموافقات جـ٢ ص٣٥٩، ٣٦٠، والوجهان يراد بهما كونه قصر في أن يفعل الفعل على كيفية لا يحصل فيها ضرر للغير، وكونه فعله مظنة قصد الإضرار كما تقدم، وكلاهما ممنوع، انظر: تقرير دراز على هذا الكتاب جـ٢ص٣٥٩.

ثانياً : بأنَّ العلم بالمفسدة أو الظن الذي في حكمه منتفيان هنا ، إذ ليس هنا الاحتمال مجرداً بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر . . فلا يكون الفعل ممنوعاً[1] . وحجة مالك في ذلك ومن معه أنَّ القصد شيء باطن لا نعلمه ، إلا أنَّ هناك أموراً يغلب على الظن مصاحبة القصد لها ، فمتى قامت حكمنا بالمظنون ، وهو القصد إقامة للمظنة مقام المظنون ، وإقامة المظنة مقام المظنون كثير في الشَّرع ، وصحة تخلف القصد في بعض الأحوال لا يمنع وجود الظن ، قال الشَّاطبي : « إنَّ مالكاً اعتبر هذا القسم في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً ، وذلك أنَّ القصد لا ينضبط في نفسه لأنَّه من الأمور الباطنة لكن له مجال هنا ، وهو كثرة الوقوع في الوجود وهو مظنة ذلك ، فكما اعتبرت المظنة ، وإن صحَّ التخلف كذلك نعتبر الكثرة لأنَّها مجال القصد »[2] .

ومعنى كلام الشَّاطبي أنَّ مالكاً رأى أنَّ هذا القسم وهو ما استوى فيه حصول المحظور من الذريعة وعدمه - يكثر قصد النَّاس للممنوع فيه ، فجعل كثرة القصد كالقصد بالفعل ، فمنع من الفعل في هذه الحالة ، حصل القصد أم لا ، طالما قصد الممنوع كثيراً . والله أعلم .

والدليل على أنَّ الشَّاطبي يرى سد الذريعة في القسم الأول والثالث ، وهو ما غلب حصول المحظور فيه أمور :

أولها : أنَّه لم يذكر خلافاً في أثناء ذكر هذين القسمين .

---

(١) الموافقات جـ٢ ص ٣٦١ .

(٢) المصدر السابق جـ٢ ص٣٦١ .

ثانيهما : أنَّ ذكره الخلاف في القسم الرابع ، وهو ما استوى فيه الأمران دليل على أنَّ غيره مما ذكرناه لا خلاف فيه .

ثالثها : أنَّ الشَّافعي احتجَّ أو احتج له على جواز القسم الرابع ، وهو ما استوى فيه حصول المحظور بأنّه ليس من الذي علم فيه بالمفسدة ولا من الذي ظنت فيه المفسدة الذي هو في حكم المعلوم فيكون جائزاً ... إلخ .

فقوله هذا يفيد أنَّ هذين القسمين تسد فيهما الذريعة . والله أعلم .

كلام ابن عبد السَّلام :

قال ابن عبد السَّلام : « أسباب الضرر أقسام :

أحدها : ما لا يتخلف مسببه عنه كالإلقاء في النَّار وشرب السم ، فهذا ما لا يجوز الإقدام عليه في حال اختيار ولا في حال إكراه .

القسم الثاني : ما يغلب ترتب مسببه عليه ، وقد ينفك عنه نادراً ، فهذا أيضاً لا يجوز الإقدام عليه ، لأنَّ الشَّارع أقام الظن مقام العلم في أكثر الأحوال .

القسم الثالث : ما لا يترتب مسببه إلا نادراً ، فهذا لا يحرم الإقدام عليه إذ لا يجوز تعطيل المصالح الغالبة لوقوع المفاسد النادرة »[(١)] .

فمن هذا نرى أنَّ ابن عبد السَّلام قد اتفق مع الشَّاطبي في القسمين الأخيرين ، وأنَّ الذريعة في القسم الأول منهما تسد ، إقامة للظن مقام العلم . ولم يذكر خلافاً في هذا ولا احتمال خلاف ، كما يستفاد من أنَّ القسم الأخير لا خلاف فيه .

---

(١) قواعد الأحكام جـ١ ص٨٥ .

بقي أن ينظر في القسم الأول من هذه الأقسام الثلاثة ، فإنَّه ليس من الذرائع كما قَدَّمْنَا ؛ لأنَّها فعل مباح ... إلخ ، وهنا الفعل ممنوع متوصل به إلى ممنوع .

إلا أن نقول : إن قصده الفعل المؤدِّي إلى النتيجة قطعاً ، كان مباحاً أو ممنوعاً ، واتفق التمثيل بالمحرم اتفاقاً ، فيكون كلامه مساوياً لكلام الشَّاطبي في الأقسام الثلاثة .

ويكون قد ترك القسم الرابع الذي استوى فيه طرف المصلحة والمفسدة ، ولعَلَّ هذا يرجع إلى أنَّ ابن عبد السَّلام شافعي المذهب ولا يرى الشَّافعية سد الذرائع في هذا القسم ، فلذا أهمله . والله أعلم .

وبحكم أنَّ ابن عبد السَّلام شافعي المذهب فيغلب على الظن أنَّ هذه الأقسام الثلاثة يقول بها الشَّافعيون ، فيسدون الذرائع فيما قطع فيه بالمفسدة أو كان الغالب فيه حصول المفسدة ، ويبيحون الذرائع فيما إذا كانت المفسدة المؤدِّية إليها نادرة ، ومثل هذا عندهم ما كان أداء الذريعة للمفسدة فيه مستوية الطرفين لما قَدَّمْنَاه من أنَّه غير ممنوع عندهم حتَّى يسد .

كلام ابن الرفعة :

لقد ذكر جمع من الأصوليين أنَّ ابن الرفعة يرى أنَّ القول بسد الذرائع مذهب الشافعي مستمداً لذلك من كلام الشَّافعي في الأم ، ذكر هذا الزركشي في البحر المحيط ، والعطار في حاشيته على الجلال المحلي على جمع الجوامع ، وصاحب تهذيب الفروق . وغاية ما أفاد كلام هؤلاء أنَّ ابن الرفعة يرى سد الذرائع مذهباً للشَّافعي ، أمَّا مدى عمل الشافعي بهذا الأصل فلم يذكروا رأي ابن الرفعة فيه .

وجميعهم تفيد عبارته أنَّ الذي قاله ابن الرفعة وخالفه فيه غيره من الشَّافعية هو غير ما استلزم المفسدة من الذرائع، وغير ما كان حصول المفسدة فيه نادراً، إذ هذا يقول به الجميع حتى المنازعون لابن الرفعة فلا ينكرون نسبته للشَّافعي.

فإذاً هذا الذي يقوله ابن الرفعة شيء غير هذين القسمين، فيحتمل أن يكون شاملاً لجميع أنواع الذرائع، أعني ما حصلت فيه المفسدة قطعاً من غير استلزام وما غلب فيه حصول المفسدة، وما تساوى فيه الأمران، وما كان حصول المفسدة فيه أقل فيكون مذهب الشَّافعي في الذرائع على حسب ما فهم ابن الرفعة موافقاً لمذهب بعض المالكية، ويحتمل أن يكون قول ابن الرفعة مراداً به ما قطع فيه بحصول المفسدة وما غلب حصول المفسدة فيه، فيكون موافقاً لما ذهب إليه جمهور المالكية.

والذي يفيده كلام العلامة الزركشي أنَّ ابن الرفعة يرى ما يوافق الاحتمال الأول لأنَّه - أي الزركشي - نقل عن بعض متأخري الشَّافعية تقسيم الذريعة إلى ما قطع فيه بحصول التضرع إليه وهو الممنوع، وما قطع بعدم حصول ذلك فيه واختلط بما يتوصل، وما تردد بين الوصول وعدمه، ووصف هذا الأخير بأنه ذو مراتب متعددة.

ثُمَّ قال الزركشي وهو يتكلم على هذه الأقسام: و أمَّا الثالث فلَعَلَّه الذي حاول ابن الرفعة تخريج مذهب الشَّافعي عليه (بتصرف)[1].

---

(١) بتصرف من البحر المحيط جـ٣ في مبحث سد الذرائع.

وينبغي تفسير هذا الثالث بما غلب حصول المفسدة فيه أو تساوى ، أو كان الحصول فيه مرجوحاً ، وذلك لأنه تقدم ذكر ما قطع بحصول المفسدة فيه ، كما تَقَدَّمَ أنَّ ما كان حصول المفسدة فيه نادراً لا تسد فيه الذرائع باتفاق ، وأنَّ ما استلزم المفسدة تسد فيه الذرائع باتفاق ، فلم يبق إلا ما ذكرناه .

فيكون بناء على هذا أن ابن الرفعة يرى سد الذرائع في كل ما يؤدي إلى المفسدة ، ولو كان إذاؤه مرجوحاً . و أنت ترى أن الزركشي نفسه غير قاطع بأن هذا هو ما يراه ابن الرفعة ، وذلك لاستعماله كلمة لعل المفيدة للتردد وعدم التأكد ، وإن كان المترجح عنده قوله بالقسم الثالث .

ولَعَلَّ مما يؤيد ما ذكره الزركشي إطلاق ابن الرفعة القول في ذلك ، فقد نقل عنه التاج السبكي أنَّه قال معقباً على كلام الشَّافعي : « في هذا ما يثبت أنَّ الذرائع إلى الحرام والحلال تشبه معاني الحلال والحرام »[1] .

فكلامه هذا مطلق في كل ذريعة ، إلا أن ما كان أداؤه إلى المحظور نادراً متفقٌ على عدم سد الذريعة فيه ، فيبقى غيره مسدوداً .

الراجح من الأقوال في محل النزاع :

لقد قَدَّمْنَا أنَّ العلماء في محل النزاع على ثلاثة آراء .

وظهر أنَّ الذي ذكره تاج الدين السبكي عن والده تقي الدين السبكي ليس كل كلام السبكي بل بعضه ، وعبارة السبكي بتمامها كما نقلها الزركشي تفيد أنَّ الشَّافعية يقولون بالذرائع إذا استلزمت الممنوع ، أو قطع

---

(١) تهذيب فروق القرافي جـ٣ ص ٢٧٧

بحصولها من غير استلزام ، وإن لم يصرح الزركشي بالسبكي ، بل حكى ذلك عن بعض المتأخرين ، ويغلب على الظن أنَّ العبارتين : التي نقلها الزركشي والتي نقلها ابن السبكي ، هي عبارة السبكي ، إلا أنَّ الزركشي أتى بجميع عباراته كما تقَدَّم ، فاستخلص من كلام السبكي بناء على نقل الزركشي أنَّ الشَّافعية يقولون بالذرائع الملازمة للفساد والتي يقطع بحصول الفساد بها ، فإذاً صار القولان في محل النزاع قولاً واحداً.

بقي القول الثاني وهو ما ذكره ابن عبد السَّلام و الشَّاطبي وابن الرفعة، حسبما فهمه عنه الزركشي، وهو أن محل النزاع إنَّمَا هو فيما لم يغلب أداؤه إلى المفسدة من الذرائع وهو ما ساوى أو كان أداؤه مرجوحاً، وإن كان كلام الزركشي يفيد أنَّ ابن الرفعة يرى قول الشَّافعي بالذرائع ، ولو كانت من هذين النوعين، والذي يكفينا من كلام ابن الرفعة هو قوله بأنَّ الشَّافعي يقول بما غلب من الذرائع ، فيلتقي قوله من هذه الناحية مع كلام الشَّاطبي وابن عبد السَّلام ، أمَّا قوله بأنَّ الشَّافعي يقول بها فيما استوى فيه الأداء وعدمه أو في ما كان حصول المفسدة فيها غالباً ، فليس محل اتفاق لما نقله عن القرطبي[1] ، من أن ما كان أداء الذريعة فيه إلى المحظور مساوياً أو مرجوحاً محل خلاف بين علماء مذهب المالكية . فإذاً ما الراجح في محل النزاع ؟ .

الذي يظهر أنَّ الراجح هو ما ذهب إليه الشَّاطبي وابن عبد السَّلام وابن الرفعة من أنَّ الخلاف فيما هو دون الأغلب ، وأنَّ القول بأنَّ الشَّافعي لا

---

(١) انظر كلام القرطبي في : البحر المحيط جـ٣ في مبحث سد الذرائع .

يقصد من سدّ الذرائع إلا ما استلزم المحظور، أو ما قطع بحصول المحظور فيه، لم ينقل فيما اطلعت عليه إلا عن السبكي .

أمَّا القول بأنَّ الشَّافعي يسد الذرائع ولو كانت غالبة الأداء إلى المحظور، فقد نقل عن هذين الإمامين عن الشَّافعية، كما نقل عن غيرهما كالشَّاطبي[1] .

بل إنَّ عبارة الشَّافعي نفسه في الأم تشمل هذا ؛ لأنَّه قال : إنَّ ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل، وكذا ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله[2] .

فلم يخص الذريعة بكونها ملازمة للمحظور أو مقطوعاً بأدائها إلى المحظور، على أنَّ في سد الذرائع عندما يغلب على الظن أداؤها إلى الفساد عملاً بما هو متفق عليه بين العلماء من أنَّ غلبة الظن في الفقهيات تنزل منزلة العلم، يقول الشَّاطبي محتجاً على اعتبار سد الذرائع في هذا : ولكن اعتبار الظن هو الأرجح، لأنَّ الظن في أبواب العمليات جار مجرى العلم فالظاهر جريانه هنا[3] .

ويقول ابن عبد السَّلام في هذا القسم : فهذا أيضاً لا يجوز الإقدام عليه ؛ لأنَّ الشَّارع أقام الظن مقام العلم في أكثر الأحوال[4] .

---

(١) انظر : البحر المحيط جـ٣ مبحث سد الذرائع، وقواعد الأحكام جـ١ ص ٨٥ والموافقات جـ٢ ص٣٥٩، ٣٦٠ .

(٢) الأم للشافعي جـ٣ ص ٢٧٢ .

(٣) الموافقات جـ٢ ص ٣٥٩، ٣٦٠ ببعض تصرف .

(٤) قواعد الأحكام جـ١ ص ٨٥ .

ويؤيد القول بأنَّ الذرائع التي يغلب فيها الأداء إلى الفساد تسد عند الشَّافعي ، ما نقله الزركشي عن الشَّافعي في آخر مبحث الذرائع من بحره، فقد ذكر مسائل ليس مما لزمت فيها الذرائع ، ولا مما قطع فيها بحصول المحظور ، من ذلك : منع الصلاة جماعة في مسجد له إمام راتب وقد صليت فيه تلك الصَّلاة ، منعها الشَّافعي على جهة الكراهة ، ومعللاً ذلك بقوله : لئلا يعمد قوم لا يرضون إماماً فيصلون بإمام غيره .

محل النزاع :

فإذا علم ما تقَدَّم فيكون الخلاف في الذرائع التي لم ترق إلى أن يكون حصول المحظور بها غالباً ، كما أنَّها لم تنحط إلى كون حصوله بها نادراً، فما بين هذين القسمين هو الذي يكون فيه الخلاف بين العلماء .

قال الشَّاطبي : « وأمَّا ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ، ولا نادراً ، فهو موضع نظر والتباس، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن كمذهب الشَّافعي وغيره ... » .

ثُمَّ قال : « إلا أنَّ مالكاً اعتبره في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً »[1] . ومثَّل لهذا ببيوع الآجال المعروفة عند المالكية[2] .

لذلك نجد القرافي مثل لما فيه الخلاف بين العلماء ببيوع الآجال[3] عند المالكية كما صنع الشَّاطبي .

---

(١) الموافقات جـ٢ ص ٣٦١

(٢) المرجع السابق جـ٢ ص ٣٦١

(٣) الفروق للقرافي جـ٢ ص ٣٢و جـ٣ .

ويكفي في منع هذه البيوع عند المالكية ، أو مدار المنع عندهم فيها هو أن تكون الذريعة الموصلة إلى المحظور يقصد منها ذلك المحظور غالباً ، قال خليل في مختصره : « ومنع للتهمة ما كثر قصده » ، قال شارحه الدردير : « أي منع لأجل ظن قصد ما منع شرعاً سداً للذريعة بيع جائز في الظاهر كثر قصد النَّاس له للتوصل إلى الربا الممنوع » (١) .

فكثرة القصد التي بنى عليها المالكية المنع من هذه العقود تشمل الذريعة التي يستوي فيها الأداء إلى المحظور وعدمه ، كما تشمل ما دون ذلك ، ولم يصل إلى حد أن يقال فيه : إنَّه قليل ، إذ الكل يقال فيه : إنه كثير ، إذ لا يشترط في الكثير أن يصل إلى حد الغلبة ، بل قد يكون المساوي والأدون منه كثيراً بالنظر إلى ذاته ، وإن كان قليلاً بالنسبة إلى غيره مما هو أكثر منه .

رأي الحنفية والحنابلة في محل النزاع :

والذي يظهر من كلام القرافي أن كُلاً من الحنفية والحنابلة يوافقون المالكية في سد الذريعة في هذا القسم ، ونصُّه في ذلك : « ووافقنا أبو حنيفة وابن حنبل في سد ذرائع بيوع الآجال التي هي صورة النزاع ، إلا أنَّ أبا حنيفة خالف في تفاصيلها » (٢) .

الوفاق والخلاف فيما يسد من الذرائع في مذهب مالك :

اتفق أتباع المذهب المالكي في سد الذرائع التي تلازم المفسدة ، والتي يقطع بحصول المفسدة منها ، والتي يغلب على الظن حصول المفسدة

(١) الدردير على خليل جـ٣ ص ٦٦ .
(٢) الفروق للقرافي جـ٣ ص ٢٦٨ ، وانظر : الموافقات جـ٢ ص ٣٠٦ .

منها . واختلفوا فيما عدا ذلك على ثلاثة أقوال :

الأول : ما ذكره القرطبي وهو أنَّ ما تردد من الذرائع في حصول المفسدة منه على السواء ، وما هو دون ذلك محل خلاف بين المالكية .

ونصه في ذلك بعد أن ذكر أن ما لازم المفسدة من الذرائع متفق عليه هو : « والذي لا يلزم إمَّا أن يفضي إلى المحظور غالباً ، أو ينفك عنه غالباً، أو يتساوى الأمران ، وهو المسمى بالذرائع عندنا » .

فالأول لا بد من مراعاته، والثاني والثالث اختلف الأصحاب فيه : فمنهم من يراعيه ، ومنهم من لا يراعيه[1] .

الثاني : وهو ما ذكره القرافي و الشَّاطبي من أنَّ مذهب مالك سد الذريعة فيما كثر قصده، بل قد نقل القرافي اتفاق أهل المذهب على هذا واختلافهم في غيره ، فقد قال : « قال في الجواهر : وضابط هذا الباب أن المتعاقدين إن كانا يقصدان إظهار ما يجوز ليتوصلا به إلى مالا يجوز، فيفسخ العقد إذا أكثر القصد إليه اتفاقاً من المذهب »[2] .

أمَّا نقله الاختلاف في غيره ، فقد قال : « فإن بعدت التهمة بعض البعد ، وأمكن القصد إليه فقولان مشهوران »[3] .

الثالث : أنَّ الذرائع تسد في جميع صورها ، إلا إذا ندر أداؤها إلى الفساد ؛ لأنَّ حالة الندور متفق على عدم السد فيها، فيكون على هذا أن المذهب هو سد المساوي ، والأقل الذي لم يصل إلى حد الندرة .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ مبحث الذرائع .

(٢) الفروق جـ٣ ص ٢٦٨ .

(٣) المرجع السابق جـ٣ ص ٢٦٨ .

و أشار إلى هذا القرافي بقوله : « فأمَّا مع ظهور ما يبرىء من التهمة لكن فيه صورة المتهم عليه ... فجائز لانتفاء التهمة ، وقيل يمتنع حماية للذريعة »[1] .

فأشار بقوله : « وقيل يمتنع ... » إلخ ، إلى القول الثالث وهو سد الذرائع في جميع صورها إلا ما ندر منها ، وبمقتضى تعبير القرافي في الثاني بأنَّ التهمة فيه بعدت بعض البعد يكون في هذا الثالث التهمة بعدت كل البعد .

وهذا بمعنى قول الحطاب في هذين القسمين فقد قال وهو أي ما لم يكثر القصد فيه إلى المحظور على قسمين ؛ لأنَّه إمَّا أن يكون القصد إليه بعيداً جداً ، أو لا يكون بعيداً جداً[2] .

ثُمَّ بين الحطاب أنَّ الحكم في هذين الجواز على المشهور . وقال في التوضيح : « ظاهر المذهب جوازه لبعد قصده »[3] ، يعني : القسم الثاني ، فإذا جاز ما بعدت فيه التهمة فأولى أن يجوز ما كانت أبعد فيه من هذا .

ملاحظة على كلام الشاطبي

قد جعل الشَّاطبي القسم المختلف فيه بين مالك من جهة ، وبين الشَّافعي وغيره من جهة أخرى هو ما كثر أداؤه إلى المفسدة ، وقال فيه : إنَّه ليس غالباً ولا نادراً ، وقد مَرَّ نصُّه في ذلك .

---

(١) الفروق جـ٣ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ .

(٢) الحطاب علي خليل جـ٤ ص ٣٩١ .

(٣) انظر : منح الجليل جـ٢ ص ٥٨٧ .

والذي نلفت النظر إليـه هنا هو أنَّ هـذا المحـيط - وهو مـا بين الغـالب والنادر - ليس كله يصدق عليه أنَّه كثير ، بل بعضه يقال فيه ذلك، وهو ما لم يصل إلى حد القلة التي هي أرقى من الندرة، وبعضـه ما هو قليل غـير نادر، فكأنَّ في كلامه تدافعاً ، لأنَّه جعل سبب المنع الكثرة ثم حددها بأنها ما ليست غالبة ولا نادرة ، فكأنه قال: يشترط في المنع من الذرائع الكثرة لا يشترط في المنع منها الكثرة، لأن ما هو فوق النادر مباشرة ، لا يقال فيه : إنَّه كثير.

والظاهر حـمل كـلامـه عـلى أنَّه لا يريد دخـول القليل - أي مـا يكون أداؤه إلى المفسدة قليلا لا نادراً - في المنع فيكون موافقاً للمشهور وذلك لعدم اعتماد كتب المذهب على هذا القليل، ولتصريحه بقيد الكثرة حيث قال: ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثير لا غالباً ...[1].

الراجح من هذه الأقوال:

وبعد ، فإنَّ الذي تميل النفس إلى أنَّه الراجح هو ما ذهب إليه القرافي و الشَّاطبي في مذهب مالك من وجوب السد في الكثير دون القليل ، فلا تسد فيه الذريعة .

أمَّا ما نقله القرطبي من دخول ما استوى فيه الطرفان في الخلاف، وأنَّه مما تنوزع فيه داخل المذهب ، فيرده نقل القرافي عن صاحب الجواهر اتفاق أهل المذهب على سد الذريعة فيه، ثُمَّ إنِّي لم أجده في كتب المالكية و لا غيرهم إلا ما نقله الزركشي عن القرطبي في البحر المحيط[2].

---

(١) الموافقات جـ٢ ص ٣٦١ .

(٢) البحر المحيط جـ٣ ، مبحث سد الذرائع .

كما يؤيده اعتماد المتأخرين من المالكية على السد فيه ، كخليل وأتباعه .

أمَّا القول بسد الذرائع فيما هو دون الكثير مما لم يصل إلى حد الندرة ، فقد شهر الحطاب خلافه [1] ، وهو قول من يقولون بعدم سد الذرائع فيه ، وقال فيه خليل في التوضيح : « إنَّه على خلاف ظاهر المذهب »[2] كما قَدَّمْنَا ذلك قريباً .

فإذاً الراجح عند المالكية هو ما ذهب إليه القرافي وغيره من أنَّ الذريعة تسد فيما كثر أداؤه إلى المحظور ، وأنَّ ما دون ذلك لا تسد فيه الذريعة .

وهذا هو الذي سنسير عليه ونجعله محل خلاف بين المالكية ومَنْ سلك مسلكهم من جهة ، وبين الشَّافعية ومن معهم من جهة أخرى . والله أعلم .

أدلة المذاهب

تمهيد :

قد تكلمنا فيما تقَدَّم عن المكان المتفق على سد الذرائع فيه بلا خلاف ، وهو ما استلزمت فيه الذريعة المحظور ، وما اتفق على عدم سد الذريعة فيه ، وهو ما ندر أداء الذريعة فيه إلى المحظور ، كما قَدَّمْنَا رجحان سد الذريعة عند أهل المذاهب فيما قطع فيه بحصول المحظور من غير استلزام وما غلب أداؤه إلى المحظور ، فيكون المتفق على سد الذريعة فيه ثلاثة أقسام :

---

(١) مواهب الجليل على خليل للحطاب جـ٤ ص ٣٩١ .

(٢) منح الجليل على خليل جـ٢ ص٥٨٧ .

- ما استلزمت فيه الذريعة المحظور .

- ما قطع فيه بحصول المحظور من غير استلزام .

- ما غلب حصول المحظور فيه .

وهناك قسم رابع اتفقوا على عدم سد الذريعة فيه ، وهو ما كان حصول المحظور فيه نادراً . فلم يبق من الأقسام المتصورة إلا ما كثر أداؤه إلى المحظور ولم يكن غالباً ، وما قَلَّ أداؤه إلى المحظور ولم يكن نادراً ، وقد قَدَّمْنَا أن الراجح عند المالكية جواز فعل الذريعة فيما قل أداؤه إلى المحظور ، فوافقوا الشَّافعية في هذا القسم ، فلم يبق إلا ما كثر أداؤه وهو غير غالب ولا قليل ولا نادر ، وهو سيكون موضع تجاذب الأدلة إثباتاً ومنعاً .

أدلة المانعين لسد الذرائع :

لقد استدلَّ المانعون لسد الذرائع ، وهم : الشَّافعية والحنفية ، بالنسبة لبعض أفواج هذا القسم على دعواهم ، وهي أنَّ الذريعة لا تسد فيما كثر أداؤه إلى المحظور من غير أن يكون غالباً بعدة أدلة .

الأول : قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾[1] ، ذكر هذا الدليل القرافي عنهم .

وجه الاستدلال : أنَّ الله تعالى جعل البيع حلالاً إلا ما قام الدليل على حرمته ، وحرمة الذريعة في مثل هذه العقود التي ادَّعيتم منع الذريعة فيها

(١) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .

لم يقم عليها دليل ، فلا تكون ممنوعة ، لأنَّه لا مكان للمنع مع وجود النص السالم المقتضي للحل .

أجاب القرافي على ذلك بأنَّا لا نسلم بعدم قيام الدليل على منع بيوع الآجال ، واستدلَّ بحديث زيد بن أرقم عن عائشة الآتي :

وقال : إنَّه يفيد المنع من التذرع في بيوع الآجال ، وهو دليل خاص ، ودليل الشَّافعية عام ، ومن المقرر أصولاً أنَّ الخاص مقدم على العام فيعمل بالعام في غير موضع الخاص ، ويخص عموم العام بهذا الخاص[1] .

ورد جواب القرافي بأنَّ هذا الحديث الذي استدلَّ به على سد الذريعة لم يسلم من الطعن حتَّى عند المالكية أنفسهم ، وبالتالي فهم ليسوا مستندين عليه في إثبات هذا الأصل كما يأتي تفصيل ذلك إن شاء الله .

جواب آخر : أجاب الشَّاطبي بأنَّ هذا العموم الذي استدلَّ به الشَّافعية المستفاد من الآية ، مخصوص بالمصلحة ، فلم يشمل محل النزاع .

ووجه التخصيص بالمصلحة : هو أنَّ الشَّارع علم من تصرفاته وموارد نصوصه ، قفل باب الذرائع على نحو يورث الناظر فيها علماً بأنَّ الشَّارع من مقاصده قفل باب ذرائع الفساد ، فإذا وجدنا فعلاً من الأفعال المباحة يؤدِّي إلى فساد راجح ، منعنا ذلك بناء على ما عهد من تصرفات الشَّارع ، فيكون هذا الدليل وهو القول بالمصلحة المستند فيه إلى الاستقراء ، وهو تتبع المعنى من تصرفات الشَّرع وموارد نصوصه مخصصاً لعموم الحل المستفاد من الآية الكريمة ، فيعلم أنَّ البيع حلال ما لم يؤد إلى محظور فيكون ممنوعاً ، وما هنا فيه أداء إلى المحظور فيكون ممنوعاً ، يقول الشَّاطبي في ذلك :

---

(١) الفروق للقرافي جـ٣ ص٢٦٨ .

« إنَّ الفعل قد يشرع لمصلحة فيه ، أو لمفسدة تدفع به ، ولكن له مآل ونتيجة تضاد ما شرع له ... » ، ثُمَّ قال : « فإذا أطلقنا القول بمشروعيته فربما أدَّى ذلك إلى حصول مفسدة تساوي المصلحة أو تفوقها ، فحينئذ لا يصح إطلاق القول بالمشروعية »[١] .

فقد أفادت عبارته أنَّ القول بالمشروعية ، والإذن بالشيء إذا أدَّى إطلاقه إلى مفسدة ... إلخ ، لا يترك هذا الإطلاق ، بل يفيد هذه الحالة التي يؤدِّي فيها الفعل المشروع إلى المفسدة .

الدليل الثاني :

استدلوا ثانياً بما روي من أنَّه ﷺ : أتي بتمر جنيب ، فقال : أتمر خيبر كله هكذا ؟ فقالوا : إنَّا نبتاع الصاع بالصاعين من تمر الجمع ، فقال عليه السَّلام : « لا تفعلوا هذا ، ولكن بيعوا تمر الجمع بالدراهم واشتروا بالدراهم جنيباً »[٢] .

ووجه الاستدلال لهم بهذا الحديث أنَّه فيه بيع صاع بصاعين و إنَّمَا توسط بينهما عقد الدراهم فأبيح ، فلو لم تكن الذريعة في مثل هذا مباحة لما جوز لهم عليه الصَّلاة والسَّلام بيع الصاعين بالصاع بواسطة عقد الدراهم بينهما[٣] .

---

(١) انظر : الموافقات جـ٤ ص ١٩٤ ، ١٩٥ بتصرف في العبارة .
(٢) أخرجه مسلم ببعض تغيير في اللفظ . انظر : جـ٣ ص ١٢١٥ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .
(٣) الفروق جـ٣ ص ٢٦٨ .

الاعتراض على هذا الدليل :

ورد هذا الدليل بأنَّ القائلين بمنع الذريعة في هذه العقود إنَّمَا يمنعونها إذا كان المشتري ثانياً هو البائع أولاً ، وهم لا يسلمون أنَّ المشتري في هذا العقد الثاني هو البائع الأول، ولم يذكر في الحديث شيء من ذلك .

على أنَّنَا لو سلمنا أنَّ المشتري هو البائع الأول فإنَّ هذا ليس من محل النزاع أيضاً ، لأنَّ المذكور في الحديث أنَّ البائع الأول قبض ثمن السلعة ، ثُمَّ اشتري به بعد ذلك الصَّاع ، ومن شرط منع الذريعة عندنا كون البيع الأول مؤجلاً ، لأنَّه إذا كان معجلاً فقد ضعفت التهمة ، والمنع إنَّمَا يستند فيه على التهمة القوية .

فظهر بهذين الاعتراضين أن هذا الدليل ليس وارداً في محل النزاع ، وإنَّمَا مورد الدليل شيء متفق عليه ، لأنَّ في الأول لم يكن المشتري ثانياً هو البائع أولاً ، أو على الأقل لم يعلم الحال ، وفي الثاني حصل البيع الثاني بعد التقابض في الأول ، وهذا لا نزاع فيه .

وإليك نص القرافي راداً على هذا الدليل ، قال : « إنَّمَا نمنع أن يكون العقد الثاني من البائع الأول ، وليس ذلك مذكوراً في الخبر، مع أنَّ بيع النقد إذا تقابضا فيه ضعفت التهمة ، وإنَّمَا المنع حيث تقوى »[(١)] .

الدليل الثالث :

استدلوا ثالثاً بالقياس ، فقاسوا هذه البيوع على بيع السيف لمن يقطع به الطريق والعنب من الخيار ، بجامع أن كُلاً منهما - أي هذه البيوع ،

---

(١) انظر : الدليل والاعتراض عليه في الفروق جـ٣ ص٢٨٦ .

وبيع السيف والعنب - يتوقع منه المحظور، والحكم في الأصل جواز البيع، ففي الفرع وهو هذه البيوع الجواز كذلك، بل الجواز في هذه البيوع أولى لخفة المفسدة فيها، وهي الربا المتعلق بالأموال، بالإضافة إلى بيع السيف والعنب، فإن مفسدته أعظم لتعلقهما بالنفوس والعقول، وحفظهما مُقَدَّم على حفظ الأموال، فيكون القياس هنا من قياس الأولى، وهو ما يكون الفرع بالحكم أولى من الأصل.

وإليك نص الشَّافعي في الأم، قال: « ولا تفسد البيوع بأن يقول: هذه ذريعة، وهذه نية سوء، ولو جاز أن نبطل من البيوع، بأن يقال: متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لا يحل كان أن يكون اليقين من البيوع بعقد ما لا يحل أولى أن يرد به من الظن ». ثُمَّ استدلَّ على ذلك بالقياس بقوله: « ألا ترى أنَّ رجلاً لو اشترى سيفاً ونوى بشرائه أن يقتل به، كان الشراء حلالاً، وكانت النية بالقتل غير جائزة، ولم يبطل بها البيع، قال: « وكذلك لو باع البائع سيفاً من رجل يراه أن يقتل به رجلاً كان هكذا »[1].

ولعَلَّ مراد الشَّافعي من قوله الذي قرر به دعواه - والله أعلم -: أنَّه لو جاز إفساد البيع بمجرد خوف الفساد من غير تحقق ذلك الفساد لكان إفساده بحصول الفساد منه يقيناً أولوياً، مثل شراء السيف ليقتل به، والواقع بخلاف ذلك وأنَّ شراء السيف يجوز مع توافر تلك النية.

الجواب على هذا الدليل:

أجاب القرافي بأنَّ بيع السيف وما معه ليس الباعث إليه هو ما يحصل

---

(١) الأم للشافعي جـ٧ ص٢٧٠، جـ٣ص٦٥.

به من الفساد وهو القتل به، أو ليس منحصراً القصد فيه إلى الفساد ؛ لجواز أن يحصل به غير ذلك مما لا فساد فيه ، وهذه البيوع لم يقدم عليها في غالب الأحوال إلا لما يترتب عليها من محظور ، فصار الفساد كالملازم لها فمنعت، وليس بيع السيف كذلك .

يقول القرافي : « واحتجَّ الشَّافعي على عدم منع سد الذريعة بأنَّ العقد المقتضي للفساد ، لا يكون فاسداً إذا اجتمعت أركانه، كبيع السيف من قاطع الطريق، والعنب من الخمار مع أنَّ الفساد في قطع الطريق أعظم من سلف جَرَّ نفعاً لما فيه من ذهاب النفوس والأموال » .

ثُمَّ قال القرافي : « وجوابه أنَّ الفساد ليس مقصوداً للعقد بالذات ، بخلاف عقود صور النزاع ، فإنَّ تلك الأغراض الفاسدة هي الباعثة على العقد لأنَّه المحصل لها ، والبيع ليس محصلاً لقطع الطريق وعمل الخمر »[١] .

واستدلوا رابعاً بالقياس أيضاً .

قال ابن قدامة : « أجازه الشَّافعي ، لأنَّه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها ، فجاز من بائعها، كما لو باعها بمثل ثمنها »[٢] .

فكلام ابن قدامة يشير إلى قياس حاصله : أنَّ الشَّافعي يقيس بيع السلعة لبائعها الأول بأقل من الثمن ، ببيعها له بمثل الثمن ، والجامع بينهما : أنَّ الثمن فيهما يجوز بيع السلعة به لغير بائعها، وحكم الأصل

---

(١) الفروق للقرافي جـ٣ ص٢٦٨ ، وتهذيب الفروق جـ٣ ص٢٧٥ .
(٢) المغني لابن قدامة جـ٤ ص١٩٤ .

وهو البيع بمثل الثمن للبائع أولاً ، الجواز، فكذا حكم الفرع وهو البيع بأقل من الثمن ، فالأصل البيع بالمثل ، والفرع البيع بأقل ، والعلة كون الثمن في البيع يجوز من غير البائع الأول ، والحكم هو جواز البيع في صورة النزاع ، وهو ما إذا بيعت السلعة لبائعها الأول بأقل من الثمن . والله أعلم .

وقد يجاب - والعلم لله - عن هذا القياس بأنَّه قياس مع الفارق ، ذلك لأنَّ المقيس عليه وهو بيع السلعة لبائعها الأول بمثل الثمن لا تهمة فيه، بخلاف البيع بأقل من الثمن ففيه تهمة سلف بمنفعة، لأنَّ البائع الأول كأنه أسلفه عشرة دنانير، وهي ثمن السلعة المشتراة أولاً بثمانية ، وهي ما دفعها للبائع ثانياً في نظير السلعة، أمَّا في البيع ثانياً نقداً بمثل الثمن الأول فهو سلف لا منفعة فيه .

قال أبو البركات سيدي أحمد الدردير : « وعلة المنع تهمة دفع قليل في كثير »[1] . وهذه غير موجودة في حالة دفع المثل في البيعة الثانية . والله أعلم.

الخلاصة :

أنَّ استدلال الشَّافعية بالآية رد بعمومها وخصوص الدليل لو سلم الدليل الخاص . كما رد بتخصيص العموم بالمصالح كما ذكره الشَّاطبي .

وأنَّ استدلالهم بالحديث رد بأنَّه في غير محل النزاع من وجهين :

أولاً : أنَّه لم يعلم فيه كون المشتري ثانياً هو البائع أو لا ، حتَّى يصح الاستدلال به كما هو غرض المسألة .

---

(١) الشرح الكبير للدردير على متن خليل جـ٣ ص٦٨ بهامش حاشية الدسوقي .

ثانياً : أنَّ الحديث صريح في أنَّ البيعة الأولى كان الثمن فيها معجلاً ، وهاتان الصورتان ليستا في الممنوع عند من يقول بالمنع إذا قلنا بالمنع في هذه الصورة أنَّ المشتري ثانياً غير البائع أولاً ، أو على الأقل لم يفد الحديث شيئاً بشأن المشتري ثانياً من كونه هو البائع أولاً أو لا .

على أنَّ الحديث لو سلم مما ورد عليه ، فهو لا يدلُّ على جميع أفراد المدعي ، وإنَّمَا على بعضها وهو ما كان عقداً ، والدعوى هي عدم سد الذريعة إذا كان أداؤها إلى المحظور كثيراً لا غالباً ، فهي شاملة لذرائع العقود وغيرها ، فإذاً يصير بعض أفراد الدعوى غير مستدل عليه .

ورد قياسهم الأول بأنَّ عمل السيف وبيع العنب لا يقصد منه ما أدَّى إليه غالباً ، بخلاف بيوع الآجال مثلاً فإنَّ البيعة الأولى مقصود منها التوصل إلى الربا .

ورد قياسهم الثاني بأنَّه قياس مع الفارق ، وهو أنَّ علة سد الذرائع لم توجد في الأصل المقيس عليه لعدم التهمة فيه ، والعلة الموجهة لسد الذريعة هي التهمة ، كما مر عن أبي البركات .

أدلة المثبتين لسد الذرائع

استدلَّ المالكية والحنابلة ومن رأى رأيهم على جواز سد الذرائع فيما إذا كثر أداؤها إلى المحظور بعدة أدلة :

الأول منها : ما رواه الإمام أحمد ، وهو : « أنَّ أم ولد زيد بن أرقم قالت لعائشة - رضي الله عنه - : يا أم المؤمنين ، إنِّي بعت من زيد بن أرقم عبداً بثمانمائة درهم إلى العطاء ، واشتريته منه بستمائة نقداً ، فقالت عائشة

- رضي الله عنها - : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أخبري زيد بن أرقم أنَّه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ ، إلا أن يتوب ، أرأيتني إن أخذته برأس مالي ؟ فقالت عائشة - رضي الله عنها - : ﴿ **فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ** ﴾[1] .

فأفاد هذا الحديث المطلوب - الذي هو سد الذرائع - من جهة أنَّها -رضي الله عنها - ذمت هذا العقد ، ووعدت مجريه بإحباط عمله ، وعقد يترتب عليه ما ذكر لا يشك في منعه ، بل منعه متأكد من حيث إنَّ في إجرائه إحباط العمل ، وإحباط العمل دليل على عظم المعصية ، وكلما عظمت المعصية كان النهي عنها متأكداً ، فالنتيجة أنَّ هذه الذريعة واجبة السد ، وهو المطلوب .

مناقشة هذا الدليل :

رد هذا الحديث بأنَّ أحد رواته مجهول ، فلا يصح الاستدلال به ، فقد أفاد الشَّافعي في الأم أنَّ من رواته أبا أسحق عن امرأته العالية بنت أنفع ، وهذه المرأة ليست معروفة حتَّى يؤخذ بروايتها[1] .

كما ضعفه الزرقاني على الموطأ، وقال : لفظه منكر لأنَّ العمل الصَّالح لا يبطله الاجتهاد بل الردة[2]، واعترضه الزركشي من وجوه :

(١) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ . أخرج الحديث في منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار جـ٥ ص٢١٨ طبعة الحلبي .

(٢) انظر الأم جـ٣ص٣٣ .

(٣) ذكر هذا الشيخ دراز في تقريره على الموافقات جـ١ ص٢٩٦وجـ٣ ص٣٠٥ .

أحدها : أنَّ هذا الكلام اجتهاد من السيدة عائشة ، وليس مروياً عن النَّبيِّ ﷺ ، ومن المجمع عليه بين علماء الأصول أنَّ اجتهاد الصحابي لا يكون حجة على صحابي مثله ، فلا يكون في هذا الحديث إذاً حجة .

ثانيها : لو سلمنا رفعه إلى النَّبيِّ عليه الصَّلاة والسَّلام فهو معارض بفعل زيد بن أرقم ، فيكون الأخذ به ليس بأولى من الأخذ بفعل زيد ، ما لم يثبت ما يرجحه على فعل زيد .

ثالثها : لو سلمنا رفعه وعدم معارضته بفعل زيد ، فلا نسلم أنَّها أنكرت عليه الفعل ، لأنَّ فيه تهمة التذرع إلى الربا ، بل هناك مانع آخر هو الجهالة في أجل الثمن ، لأنَّه وقت بالعطاء ، وهو مجهول ، فأبطلت البيع الأول لجهالة الأجل ، والثاني لابتنائه على الأول .

وإليك نص الزركشي قال : « قلت : وأجاب أصحابنا بأنَّ عائشة إنَّمَا قالت ذلك باجتهادها ، واجتهاد واحد من الصحابة لا يكون حجة على الآخر بالإجماع ، كما سبق نقله عن القاضي . ثُمَّ قولها معارض لفعل زيد ابن أرقم . ثُمَّ إنَّمَا أنكرت عليه ذلك لفساد البيعين ، فإنَّ الأول فاسد لجهالة الأجل ، فإنَّ وقت العطاء غير معلوم ، والثاني بناء على الأول فيكون أيضاً فاسداً [1] .

وقد رَدَّ القرافي على القول بأنَّ هذا اجتهاد وليس مرفوعاً ، بأنَّ في هذا الحديث وعيد شديد وتغليظ عظيم لا يصدر منها - رضي الله عنها - إلا عن توقيف من النَّبيِّ عليه الصَّلاة والسَّلام [2] .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ مبحث الذرائع .
(٢) الفروق جـ٣ ص٢٦٧ .

وقال ابن قدامة : « والظاهر أنَّها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته عن رسول الله ﷺ ، فجرى مجرى روايتها ذلك عنه »[1] .

وبالنظر لهذا الحديث وما ورد عليه يظهر لنا أنَّه لا تقوم به حجة في هذا المقام حتَّى على تسليم رفعه ؛ لأنَّه معارض ومحتمل لأن يكون سبب البطلان هو جهالة الأجل لا تهمة التذرع ، على أنَّ ما ذكره القرافي لو سلم مما ورد عليه فلا يكون دالاً على عموم المدعى ، وذلك لقصوره على بيوع الآجال خاصة ، والدعوة أوسع من ذلك على غرار ما قيل في استدلال الشَّافعية المتقَدِّم .

الدليل الثاني :

ما ذكره الشَّاطبي بعد ذكره لحديث زيد بن أرقم ، وهو أنَّه عليه السَّلام نهى عن الخليطين ، يشير إلى ما رواه الجماعة إلا الترمذي عن جابر أنَّ رسول الله ﷺ « نهى أن ينبذ التمر والزبيب جميعاً ، ونهى أن ينبذ الرطب والبسر جميعاً »[2] .

ووجه دلالة الحديث : أنَّ الرسول نهى عن نبيذ الخليطين خشية أدائه إلى الممنوع وهو الإسكار ، مع أنَّ أدائه إلى الممنوع ليس غالباً .

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٤ ص١٩٤ .

(٢) انظر الحديث في : منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار جـ٨ ص١٨٥ ، ١٨٦ طبعة عثمان خليفة ، والموافقات جـ٢ ص٢٦٢ .

ففي الحديث سد الذريعة غير الغالبة ، كما قال الشَّاطبي ، وقد أورد في هذا المعنى أدلة كثيرة [1] .

الدليل الثالث :

ما أورده ابن القيم في أعلام الموقعين وحاصله :

أنَّ الله تعالى نهى عن أشياء وحذر منها ، فلو أباح الطرق والوسائل الموصلة إليها لكان ذلك تناقضاً في التشريع ، والتناقض مستحيل ، فما أدَّى إليه وهو إباحة الوسائل يكون مستحيلاً كذلك . فيثبت المنع من الوسائل المؤدِّية إلى المنهي عنه .

وجه كون إباحة الوسائل تؤدِّي إلى التناقض أنَّ الشيء من حيث النهي عنه مطلوب الترك ، وإباحة الوسائل المؤدِّية إليه تجعله مأذوناً فيه ، فيكون منهياً عنه مأذوناً فيه ، أو محرماً مباحاً ، وهو التناقض بعينه ، يقول ابن القيم : « فإذا حَرَّم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه ، فإنَّه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه ، وتثبيتاً له ، ومنعاً أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء ، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك ، فإنَّ أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثُمَّ أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه ، لعد متناقضاً ويحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده ، وكذا الأطباء إذا أرادوا حسم

---

(١) انظر : الموافقات جـ٢ ص٢٦٢ وما بعدها .

الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه ، وإلا فسد عليهم ما يرون إصلاحه ، فما الظن بهذه الشَّريعة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال(١) .

الدليل الرابع :

هو أنَّ الشَّارع قد علم منه في كثير من الآيات والأحاديث تحريم الشيء لا لنفسه ، وانَّمَا لما يؤدِّي إليه من مفسدة عظيمة ، وورد ذلك في مواطن تفوق الحصر ، قد ذكر العلماء منها الكثير فلم يستطيعوا استقصاءها ، وذلك مثل قوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقُولُوا رَاعِنَا ...** ﴾(٢) الآية ، وقوله تعالى : ﴿ **وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ...** ﴾(٣) الآية .

وجاء في قصة أصحاب السبت لما منعهم الله الصيد فيه فسدوا الأنهار على السمك في يوم السبت ليصطادوها في غيره من الأيام ، فعاقبهم الله بفعلهم هذا .

وقوله تعالى : ﴿ **وَلا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ ...** ﴾(٤) ، إلى كثير من الآيات ، فقد نهوا في هذه الآيات عن فعل هو جائز في نفسه ؛ خشية أن يؤدِّي إلى ما هو محظور .

وكذلك جاء كثير من الأحاديث في هذا الشأن ، منها : أنَّه ﷺ كان

---

(١) أعلام الموقعين جـ٣ ص١٢٠ .
(٢) سورة البقرة : الآية ١٠٤ .
(٣) سورة الأنعام : الآية ١٠٨ .
(٤) سورة النور : الآية ٣١ ، وباقي الآيات مر تخريجها في دليل الاستحسان .

يكف عن قتل المنافقين[1] ، مع كونه فيه المصلحة لئلا ينفر النَّاس عن الدعوة بسبب قول النَّاس : إنَّ محمداً يقتل أصحابه ، سواء في النفور من دخل في الدِّين حديثاً ولم يتمكن الدِّين من قلبه ، أو الذي يريد الدخول ، ومفسدة ترك القتل أخف من مفسدة الصد عن الدخول في الدِّين بسبب قتل المنافقين . كذلك امتناعه ﷺ من بناء الكعبة على قواعد إبراهيم خشية ما يؤدِّي إليه ذلك من نفور النَّاس عن الدِّين؛ لذلك قال للسيدة عائشة : « لولا قومك حديث عهدهم بكفر لأسست البيت على قواعد إبراهيم »[2]، وغير ذلك كثير، وقد ذكر ابن القيم في هذا الأمر تسعة وتسعين دليلاً[3]، وكذلك القرطبي[4]، والشَّاطبي[5].

فهذه الأدلة تفيد علماً بأنَّ الشَّارع قصد حسم وسائل الفساد في جميع الحوادث سواء المنصوص على حكمها ، أو غير المنصوص عليها ، وعبر الشَّاطبي عن هذه الحجة بالعموم المعنوي ، أو الاستقراء[6]، وهو دليل يمكن الاعتماد عليه في إثبات هذا الأصل . والله أعلم .

---

(١) نص الحديث : « لا يتحدث النَّاس أنَّ محمداً يقتل أصحابه »، وهو جزء حديث رواه البخاري . انظر : الفتح الكبير جـ٣ ص٣٥٣ .

(٢) رواه البخاري ورواه مسلم جـ٢ ص٩٦٩ ، تحقيق فؤاد عبد الباقي ، وانظر : تقرير الشيخ دراز على الموافقات جـ٤ ص٦٢ .

(٣) انظر : أعلام الموقعين جـ٣ ص١٢١ وما بعدها .

(٤) تفسير القرطبي جـ٣ ص٥١ .

(٥) انظر : الموافقات جـ٣ ص٣٠٤، ٣٠٥ وجـ٤ ص١٩٧ ، ١٩٨ .

(٦) انظر : الموافقات جـ ٤ ص١٩٦ ، وانظر : المسألة السادسة في العموم والخصوص من الموافقات جـ٣ ص٢٩٨ وما بعدها .

إشكال القرافي على استدلال المالكية :

هذا الذي سوف نتحدث عنه إشكال أورده القرافي على المالكية في استدلالهم على سد الذرائع بالآيات والأحاديث المتقَدِّمَة .

وحاصل الإشكال هو قول القرافي : « وحينئذ يظهر عدم فائدة استدلال الأصحاب على الشَّافعية في سد الذرائع بقوله تعالى : ﴿ **وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ** ... ﴾ الآية ، وذكر جميع ما قَدَّمْنَاه من الآيات والأحاديث في سد الذرائع ، ثُمَّ قال : فهذه وجوه كثيرة يستدلون بها وهي لا تفيد ، فإنَّها تدلَّ على ذرائع خاصة وهي مجمع عليها لنص الشَّارع عليها ، وإنَّمَا النزاع في ذرائع خاصة وهي بيوع الآجال ونحوها ، فينبغي أن نذكر لها أدلة خاصة بمحل النزاع ، وإلا فهذه الآيات والأحاديث المتقَدِّمَة في سد الذرائع لا تفيد ، وإن قصدوا القياس على هذه الذرائع المجمع عليها فينبغي أن تكون حجتهم القياس خاصة ، ويتعين عليهم إبداء الجامع حتَّى يتعرض الخصم لدفعه بالفارق ، ويكون دليلهم شيئاً واحداً وهو القياس ، وهم لا يعتقدون ذلك ، بل يعتقدون أنَّ مدركهم النصوص ، وليس كذلك بل ينبغي أن يذكروا نصوصاً خاصة بذرائع بيوع الآجال خاصة ويقتصرون عليها كحديث أم ولد زيد بن أرقم [١] .

وحاصل معنى كلامه أنَّ الآيات والأحاديث التي أوردتموها في سد الذرائع إنَّمَا تفيد الأخذ بالذرائع في محالها التي وردت فيها ، وهذا لا نزاع فيه ، إنَّما النزاع في وقائع لم تشملها هذه النصوص كذرائع بيع

---

(١) انظر : الفروق جـ٣ ص٢٦٦ ، ٢٦٧ ، والموافقات جـ٣ ص٣٠٤ ، ٣٠٥ .

الآجال ، فهذه تحتاج إلى دليل ، وليس هذا الدليل القياس لأنَّ المالكية لا يعتقدون ذلك ، فإذاً لا بد من نص ، وهو حديث أم ولد زيد بن أرقم .

دفع هذا الإشكال :

ودفع هذا الإشكال أنَّ هذه الآيات والأحاديث لم تدل على محل النزاع كبيوع الآجال ونحوها ، بطريق كونها داخلة في مدلول النص ، ولا بطريق كونها مقيسة عليها ، وإنَّمَا وجه الاستدلال بها هو أنَّها وإن وردت في ذرائع خاصة إلا أنَّها تتبعت أفرادها في الشَّرع فوجدت كثيرة ، كثرة أكسبت المجتهد علماً بأنَّ مقصود الشَّارع سد جميع ذرائع الفساد ، وليس السد مقصوراً على المنصوص عليه .

يقول الشَّاطبي في رَدِّ هذا الإشكال : « وهو غير وارد لأنَّ الذرائع قد ثبت سدها في خصوصات كثيرة ، بحيث أعطت في الشريعة معنى السد مطلقاً »[1] .

وفي كلام الشَّاطبي رَدٌّ على القرافي في أنَّ الأصل فيها النَّص ، وهو حديث أم ولد زيد بن أرقم ، ورد على صاحب تهذيب الفروق حيث قال : إنَّ الدليل في الذرائع القياس ، ونَصُّه : ومنعت ذرائع الآجال قياساً على الذرائع المجمع على منعها ، بجامع أنَّ الأغراض الفاسدة في كل هي الباعثة على عقدها[2] .

ويرد قول صاحب التهذيب بأنَّ القياس لا بد فيه من علة تجمع الفرع

---

(١) الموافقات جـ٣ ص ٣٠٥ .

(٢) تهذيب الفروق جـ٣ ص ٢٧٥ بهامش فروق القرافي .

والأصل ، وليست موجودة هنا في هذه الآيات ولا تلك الأحاديث ، فإنَّنا لا نجد جامعاً بين السب والعقد المؤدِّي إلى الفساد ، إذ علة منع سب الأصنام هو سبهم لله ، تعالى عن ذلك علواً كبيراً ، وهذه العلة ليست علة منع بيوع الآجال ، إذ العلة هي تهمة الربا ، وشتان بين العلتين .

وإنَّمَا يكون الدليل القياس لو فرضنا أنَّ هناك فعلاً من الأفعال ، أو قولاً من الأقوال غير السبِّ لو فعل بحضور الكفار لحصل منهم السب فيمنع ذلك الفعل أو ذلك القول ، قياساً على السب الممنوع قرآناً وهو سب الأصنام ، والعلة بين هذا الذي فرضناه وسب الأصنام هي أنَّ كُلاًّ منهما مؤدٍّ إلى سبِّ الله تعالى ، فاتحد الأصل والفرع في العلة مثلاً ، وهذا لم يحصل .

وأمَّا ما ذكره من الجامع فهو جمع بأمر عام لا تجتمع الفروع والأصول في نوعه ولا في جنسه القريب ، وإنَّمَا في جنس بعيد ، ومثل هذا لا يكون الجمع به في القياس جمعاً ، وإنَّمَا الجمع ووجه الشبه في القياس يكون بأنواع العلل وأجناسها القريبة ، كما مَرَّ في تقسيم المصلحة من حيث الاعتبار وعدمه ، ومثل هذا يكون من قبيل المصالح المرسلة ، والقياسات المطلقة .

فإن قيل : إنَّ المصلحة ضرب من القياس ، فيجوز أن يقصد كون هذا قياساً مصلحياً ، أو قياساً مرسلاً ، لا بمعناه المشهور عند الأصوليين .

الجواب : إنَّ هذا غير ظاهر ، إذ القياس عند الإطلاق يراد به المعنى المصطلح عليه المشهور بين الأصوليين ، أمَّا قياس المصلحة فلا يذكر إلا

مقيداً ، كأن يقال : « القياس المرسل »[1]، أو القياس المصلحي[2]، وحيث إنَّ هذا ذكر مطلقاً عن القيد ، فلا مناص من حمله على المعنى المتبادر وهو القياس المصطلح عليه ، وهو غير ممكن هنا كما تَقَدَّم .

فالخلاصة من هذا أنَّ سد الذرائع دليلها هو دليل المصلحة المرسلة ، وهو العموم المعنوي كما قال الشَّاطبي[3] .

المختار من المذاهب :

وبعد ما عرضنا عليك أدلة المثبتين وأدلة النافين نجد أنَّ الذي أورده النافون لسد الذرائع لم يسلم منه شيء للدلالة كما مَرَّ توضيحه .

وأنَّ أدلة المثبتين لم يخل بعضها من الطعن ، إلا أنَّ غالبها قد سلم لا سيما دليل ابن القيم ودليل الاستقراء الذي أورده الشَّاطبي احتجاجاً لهذا الأصل ، فيكون هو المختار لي في إثبات سد الذرائع التي يكثر أداؤها للمحظور من غير أن تكون تلك الكثرة غالبة . والله أعلم .

الرد على من فهم عن ابن العربي الاقتصار على المنصوص عليه من الذرائع :

لقد ذهب بعض الباحثين إلى أنَّ ابن العربي لا يرى إلا سد الذرائع المنصوص عليها ، وقد تكلمنا قبل قليل عن خلاف العلماء في دليل سد الذرائع هل هو النص، أو القياس ، أو المصلحة ، والآن سنتكلم على رأي الشيخ أبي زهرة ، وهو بصدد تحديد مذهب ابن العربي في سد الذرائع .

(١) انظر : بداية المجتهد في هذه الألقاب جـ٢ ص٢ ، ٥٠ ، ٩٦ ، ٢٧٦ .
(٢) انظر : المرجع السابق جـ٢ ص٤٣ ، ٢٠٥ ، ٤٠٨ .
(٣) الموافقات جـ١ ص٢٣٥ ، جـ٣ ص٤١ .

وخلاصة ما فهمه فضيلته عن ابن العربي أنَّه إنَّمَا يقول بسد الذرائع التي نص على سدها .

لقد ذكر فضيلته في كتابه مالك أنَّ ابن العربي يرى الأخذ بالذرائع إذا كانت مؤدِّية إلى محظور منصوص عليه فقط ، أمَّا المحظور الذي لم ينص على حظره فلا يرى سد الذريعة المؤدِّية إليه [1] .

واستند فيما ذهب إليه إلى ما ذكره ابن العربي في أحكام القرآن له عند تفسيره آية اليتامى ، وهي قوله تعالى : ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ...﴾ الآية [2] .

فقد قال ابن العربي : إنَّ للحاضن أن يشتري من يتيمه إذا كان ذلك نظراً - أي فيه له صلاح - وهو مذهب مالك .

ثُمَّ أورد على هذا إشكالاً مضمونه أنَّ مالكاً قال بسد الذرائع ، وهي أصل من أصول مذهبه ، فكيف أغفل ذلك الأصل هنا ، وعمل بما يخالفه من حيث إباحته للحاضنين الشراء من اليتيم وهو مظنة التهمة وهي أكل أموال اليتامى ظلماً .

ثُمَّ أجاب على هذا الإشكال بقوله : « فالجواب : أنَّ ذلك لا يلزم ، وإنَّمَا يكون ذلك ذريعة فيما يؤدِّي من الأفعال المباحة إلى محظور منصوص عليه، لا مطلق محظور » [3] .

---

(١) مالك لأبي زهرة ص٣٨٣ .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٠ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي جـ١ ص١٥٤ .

ففهم فضيلته من هذا أنَّ ابن العربي يقول بسد الذرائع المؤدِّية إلى محظور منصوص عليه ، قال فضيلته : « ونرى من هذا أنَّه - أي ابن العربي - يقرر أنَّ الذريعة تسد إذا كانت تؤدِّي إلى محظور منصوص عليه »[1] .

ولكن الذي أراه في هذا وأفهمه عن ابن العربي من عدة نصوص وردت في كتابه المتقَدِّم أنَّه على مذهب سلفه المالكية في سد الذرائع جميعها ، لا فرق بين ما نص على المحظور فيه وغيره ، وليس له مذهب مستقل في ذلك .

وعلى ما فهمه فضيلة الشيخ يكون ابن العربي قائلاً بسد الذريعة المؤدِّية إلى سب الله تعالى ؛ لأنَّ ذلك منصوص على حظره ، والذريعة المؤدِّية إلى تنفير النَّاس من الدِّين وهي قتل المنافقين ؛ لأنَّ الرسول عليه الصَّلاة والسَّلام امتنع عن قتلهم ، ووضح أنَّ ذلك يؤدِّي إلى المحظور وهو نفورهم عن الدِّين ، وهكذا كل ما نص على الحظر فيه .

وحجتنا فيما ذهبنا إليه نحو ابن العربي أمور :

أولاً : إنَّ قصد ابن العربي من هذه العبارة وإيراده لها في التعريف إخراج الحالة التي اعترض بها الخصم على مالك ، وهي الشراء من اليتيم المؤدِّي إلى تهمة أكل ماله ، وأنَّها ليست من الذرائع الممنوعة ، لأن إذن الشَّارع في المخالطة دليل على عدم النظر إلى هذه التهمة ، فقيد ابن العربي المحظور المتذرع إليه بكونه منصوصاً عليه ، لإخراج هذه الحالة وهي ما

---

(١) مالك لأبي زهرة ص٣٨٣ .

نص الله تعالى على الإذن فيها وإباحتها فقط ، وليس مراده جميع ما يفهم من هذه العبارة ، وذلك أنَّ مفهوم محظور منصوص عليه شيئان : محظور نص على الإذن فيه ، كمسألة الشراء من اليتيم، ومحظور لم ينص فيه بشيء ، فأورد ابن العربي هذا القيد لإخراج المفهوم الأول ، وهو ما نص على الإذن فيه لا لإخراج الثاني .

يدلُّ على ذلك قول ابن العربي في تفسير هذه الآية بعد كلامه السابق : « وأمَّا هاهنا فقد أذن الله سبحانه وتعالى في صورة المخالطة ووكل الحاضنين إلى أمانتهم »(١) . ومعنى كلامه أنَّ المنع من الذريعة هنا لا يتأتى لإذن الله فيها ، وإذنه فيها معناه عدم الالتفات إلى ما يتوهم حصوله منها من محظور .

ثانياً : أنَّ ابن العربي تعرض للكلام في هذا الأصل في تفسير آية أصحاب السبت وقال : « قال علماؤنا : إنَّ هذه الآية أصل من أصول إثبات الذرائع التي انفرد بها مالك، وتابعه عليها أحمد بن حنبل في بعض روايته، وقد خفيت على الشَّافعي و أبي حنيفة مع تبحرهما في الشَّريعة »(٢) .

يدلُّ هذا النص لما قلناه من وجوه :

أولاً : قوله : « أصلاً من أصول إثبات الذرائع ... إلخ »، يشير إلى أنَّ الآية أصل لكل ذريعة ، وليست قاصرة على ذريعة أهل السبت ، ولو كانت حجة فيها فحسب لقال : هذه الآية دليل أو أصل في تحريم التذرع

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي جـ١ ص ١٥٣ وما بعدها .
(٢) المصدر السابق جـ٢ ص ٧٨٧ .

للصيد من أصحاب السبت ، فلمَّا لم يقل ذلك علمنا أنَّه استفاد منها كونها أصلاً في منع كل ذريعة تؤدِّي إلى الفساد .

ثانياً : لو قلنا : إنَّ مذهب ابن العربي في الذرائع ما نَصَّ عليه فقط لما صَحَّ قوله في شأن الشَّافعي وأبي حنيفة : إنَّ هذا خفي عليهما لأنَّهما يقولان بسد ما نص على حظره ، بل هو مجمع عليه .

ثالثاً : ما كان له أن يصف إمامين جليلين كأبي حنيفة والشَّافعي بخفاء ذرائع منصوص على منعها ، إذ هذا لا يخفى على العامة فضلاً عن الأئمة .

رابعاً : لا يحسن منه أن يصفهما بذلك ، ويأخذ عليهما في ذلك ، وهو ممن يرى رأيهما في الاقتصار على ما نص على حظره من الذرائع .

الأمر الثالث :

من الأمور التي تؤيد ما ذهبنا إليه ما نقله الشَّاطبي عن ابن العربي مما يؤيد ذلك ، بل هو صريح في أنَّ ابن العربي لا يقصر سد الذرائع فيما نص على المحظور فيه فحسب ، بل يسحب ذيلها على ما لم ينص فيه ، بل يرى ذلك متفقاً عليه بين العلماء وإن زعموا الخلاف فيه قولاً لا فعلاً ، وإليك نص الشَّاطبي في هذا وهو يقرر قاعدة اعتبار المآل ، التي منها قاعدة سد الذرائع .

وخلاصة هذه القاعدة كما قَدَّمْنَا أنَّ كُلَّ أمر أو نهي أدَّى العمل بمقتضاه إلى خلاف ما قصد منه شرعاً يجب ترك العمل به في هذه الحالة عملاً بقاعدة المآل ، قال نقلاً عن ابن العربي : « قال ابن العربي حين أخذ في تقرير هذه المسألة : اختلف النَّاس فيها بزعمهم فيها ، وهي متفق عليها بين

العلماء فافهموها وادخروها »[1] .

فهذه الوجوه تدلُّ على أنَّ ابن العربي كغيره من المالكية في مسألة سد الذرائع ، وليس له فيها رأي خاص يخالف مذهب المالكية . والله أعلم .

النوع الثالث : مراعاة الخلاف

ويشتمل هذا النوع على معنى مراعاة الخلاف ، والتمثيل له ، والأشياء التي لا بد منها في تحقق مدلوله عند الأصوليين ، وما ورد على هذا الأصل من إشكال ، وذكر المذاهب فيه قبولاً ورداً ، وذكر أدلة كُلٍّ ومناقشتها ، وبيان المختار من هذه المذاهب ، والكلام على الصلة بين هذا الأصل وبين الاستحسان ، وبيان أنَّ هذا النوع استحسان مصلحي .

معنى مراعاة الخلاف :

المراعاة معناها : الملاحظة ، يقال : راعى الأمر : لاحظه[2] ، ومعناه هنا : مال إليه واعتبره ورجح جانبه .

والخلاف هو : خلاف العلماء في أحكام المسائل سواء كان خلافاً بين المذاهب المختلفة ، أو خلافاً بين أهل المذهب الواحد .

معنى ذلك عند الأصوليين :

معنى هذا المركب - مراعاة الخلاف - عند الأصوليين هو : ترك العمل بالدليل الراجح في مسألة وقعت ، والعمل فيها بمقابله المرجوح من أجل

---

(١) الموافقات للشاطبي جـ٤ ص ١٩٨ .

(٢) انظر : مختار الصحاح مادة (ر ع ي) .

أنَّ العمل فيها بمقتضى الدليل الراجح يؤدِّي إلى مفسدة تساوي أو تربو على المفسدة المترتبة على الدليل المرجوح [١].

ومعناه باختصار: هو ترك دليل راجح لدليل مرجوح ابتغاء رفع المشقة والحرج.

يقول الشَّاطبي في هذا المعنى: إنَّ الممنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون إيقاعها من المكلف سبباً في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها ... فمن واقع منهياً عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من أحكام زائد[٢] على ما ينبغي بحكم التبعية، لا بحكم الأصالة، أو مؤدٍّ إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي ... فنجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل؛ نظراً إلى أنَّ ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلاً على الجملة وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، لأنَّ ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي[٣].

---

(١) قال الشاطبي في هذا: وهذا - أي الداعي إلى مراعاة الخلاف - كله نظر إلى ما يئول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسد النهي أو تزيد.

وقال الشيخ دراز معلقاً على كلام الشاطبي: وهذا منه مبني على مراعاة المآل في نظر الشارع، فالمراد مراعاة الخلاف بين المجتهدين والتعويل بعد وقوع الفعل على القول المرجوح عند المجتهد، ليقر فعلاً حصل منهياً عنه على القول الراجح عنده، وإن له بعد الوقوع كلما لم يكن قبله، وذلك نظراً إلى المآل، وأنَّه لو فرع على القول الراجح بعد الوقوع لكان فيه مفسدة تساوي أو تزيد ... إلخ.

(٢) هكذا في الموافقات: زائد، ولعَلَّ الذي يفيده سياق الكلام أن نقول فقد يكون ما يترتب عليه من أحكام زائداً - بالنصب - أو فقد يكون فيما يترتب ... إلخ زيادة.

(٣) انظر: الموافقات جـ٤ ص ٢٠٢ وما بعدها.

وقال في الاعتصام معبراً عن هذا المعنى بأنَّه : رجوع المجتهد إلى قول الغير إعمالاً لدليله المرجوح عنده ، مع إهماله للدليل الراجح عنده ، الواجب عليه اتباعه[1] .

فاستفيد من كلام الشَّاطبي أنَّ الحادثة قد وقعت بالفعل لقوله : « إنَّ الممنوعات إذا وقعت »، و أشار إلى ما يقتضيه الدليل الراجح من حكم بقوله : « فمن واقع منهياً فقد يكون ما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي ... » إلخ ، وأشار إلى الدليل المرجوح بقوله : « نظراً إلى أنَّ ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلاً على الجملة وإن كان مرجوحاً »، ونبه إلى أنَّ سبب العدول من الراجح إلى المرجوح هو المصلحة بقوله : « لأنَّ ذلك - أي اتباع المرجوح - أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد » .

وعبارة الاعتصام أوضح من عبارة الموافقات ، وإن لم يجيء فيها المعنى الذي من أجله عدل إلى المرجوح ، وهو مصرَّح به في عبارة الموافقات المتقَدِّمَة .

مثال مراعاة الخلاف : النكاح الفاسد ، مثل أن تنكح المرأة نفسها بغير ولي ، فهذا النكاح مختلف فيه بين الفقهاء : بعضهم يجيزه ، وبعضهم يمنعه ، فمن ذهب إلى المنع قد رجح عنده دليل المنع ، وهو قوله عليه الصَّلاة والسَّلام : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل باطل باطل »، الحديث[2] فمقتضى هذا الحديث أن يفسخ النكاح ، ولا يترتب عليه شيء

---

(١) بتصرف ، انظر : الاعتصام جـ٦ ص٣٣١ .

(٢) رواه في منتقى الأخبار عن أبي داود الطيالسي . انظره مع شرحه نيل الأوطار جـ٦ ص ١١٩ طبعه عثمان خليفة . انظر : تقرير دراز على الموافقات جـ٤ ص ٢٠٤ .

من أحكام النكاح من ميراث وغيره ، كان العثور على النكاح والاطلاع عليه بعد الدخول أو قبله بحكم أنَّه باطل ، والباطل لا يترتب عليه أثر .

إلا أنَّ من منعوا هذا النكاح، وقالوا ببطلانه رتبوا عليه الميراث، وجعلوا فسخه بطلاق ، وكُلٌّ من الميراث والطلاق إنَّمَا يثبت بالنكاح ، فقد خالفوا مقتضى دليلهم الراجح ، ورتبوا على النكاح الفاسد بعض الأحكام مراعاةً منهم لقول من يرى جوازه، فقد تركوا دليلاً راجحاً لدليل مرجوح .

فهنا حكم صاحب الدليل الراجح بدليل خصمه المرجوح عنده بعد وقوع النكاح الفاسد لفقد الولي ، والباعث على ذلك أنَّ في فسخه من غير ترتب أي أثر عليه من ميراث ونحوه حسبما قرر الشاطبي مفسدة أعظم من ترتب ذلك عليه .

قال الشَّاطبي : ومنها- أي المسائل المبنية على هذا الأصل - قولهم في النكاح الفاسد الذي يجب فسخه إن لم يتفق على فساده فيفسخ بطلاق ، ويكون فيه الميراث ، ويلزم فيه الطلاق على حده في النكاح الصحيح ، فإن اتفق العلماء على فساده فسخ بغير طلاق ، ولا يكون فيه ميراث ، ولا يلزم فيه طلاق[1] .

ما لا بد منه في تحقق هذا الأصل :

يؤخذ مما قدمناه أنَّ هذا الدليل لا يتم إلا بأمور :

أن يكون هناك دليل راجح ، ودليل مرجوح ، ومعارض له ، وهناك

---

(١) انظر : الاعتصام جـ٢ ص ٣٣٠ ، والموافقات جـ٤ ص٤ ، وتقرير دراز على الموافقات جـ٤ ص ٢٠٢ .

حادثة وقعت أفتى فيها بهذا المرجوح ، وأن تكون هناك مصلحة في العدول إلى المرجوح مساوية لمصلحة الراجح أو أرجح منه ، وبناء على هذا ليس من مراعاة الخلاف العدول من دليل إلى دليل مساوٍ له أو أرجح منه ، كما أنَّه ليس منه العدول من دليل راجح إلى دليل مرجوح قبل وقوع الحادثة ، وليس منه أيضاً ما إذا كانت المصلحة في المرجوح دون مصلحة الراجح . فبهذا يتحقق مبدأ مراعاة الخلاف .

وعلى هذا فليس من مراعاة الخلاف ما أفتى به الفقيه ابن لبابة المالكي[1] بعض ملوك الأندلس من جواز إبدال أرض موقوفة بأرض أخرى توقف بدل تلك ، نزولاً على رغبة ذلك الملك ، ذلك لأنَّ إفتاءه كان قبل نزول الحادثة المفتى فيها ، كما أنَّه لم تكن هناك حاجة تدعو إلى هذا التصرف ، وفيه مخالفة الدليل الراجح القاضي بمنع استبدال الوقف في مثل هذه الحالة ، فضلاً عن أنَّ المصلحة فيه ليست مساوية ولا راجحة .

والقصة كما حكاه الشَّاطبي أنَّ الناصر[2] أحد ملوك الأندلس- احتاج إلى شراء مجشر[3] من أحباس المرضى بقرطبة بعدوة النهر ، فشكا إلى

---

(١) هو محمد بن يحيى بن لبابة أبو عبد الله المالكي، كان من أحفظ أهل زمانه للمذهب، له اختيارات في الفتوى والفقه خارج المذهب توفي سنة (٣٣٦). الديباج ص٢٥١ .

(٢) هو عبد الرحمن الناصر بن محمد من ملوك الأندلس ، تولى الإمارة سنة ثلاثمائة، أول من لقب بأمير المؤمنين من ملوكها استقامت به الأندلس بعد اضطراب ، كان يقود كتيبة الجهاد بنفسه ، ملك الأندلس خمسين سنة وستة أو سبعة أشهر ، توفي في شهر رمضان منة (٣٥٠هـ) ، انظر : نفح الطيب جـ١ ص٣٣٠ طبعة العبارية .

(٣) المجشر كمنبر : حوض لا يسقى فيه . انظر : هامش الاعتصام جـ٣ ص٢٠ .

القاضي ابن بقي أمره وضرورته إليه لمقابلته متنزهه ، وتأذيه برؤيتهم أو أن تطلعه من علاليه ، فقال ابن بقي : لا حيلة عندي فيه ، وهو أولى أن يحاط بحرمة الحبس ، فقال له : فتكلم مع الفقهاء وعرفهم رغبتي ، وما أجزله من أضعاف القيمة فيه ، فلعلهم أن يجدوا لي في ذلك رخصة ، فتكلم ابن بقي معهم فلم يجعلوا إليه سبيلاً ، فغضب الناصر عليهم ، وأمر الوزراء بتوبيخهم ، فجرت بينهم وبين الوزراء مكالمة ، ولم يصل الناصر معهم إلى مقصوده .

فلمَّا سمع ذلك ابن لبابة ، وكان ممن عزل عن القضاء لأمر اقتضى ذلك ، كما عزل عن الشورى أيضاً لأشياء نقمت عليه ، وأمر بإسقاط عدالته وإلزامه بيته ، كما قال الشاطبي لما سمع بذلك رفع إلى النَّاصر يغض من أصحابه الفقهاء ، ويقول : إنّهم حجروا عليه واسعاً ، ولو كان حاضراً لأفتى بجواز ذلك ، فوقع كلامه من الملك موقعاً ، وصادف هوى في نفسه ، فأمر بإرجاعه إلى مجلس الشورى ، ثُمَّ أمر القاضي بإعادة المشورة في المسألة ، فاجتمع القاضي والفقهاء ومعهم ابن لبابة ، وعرفهم القاضي بما جمعهم لأجله ، فقال جميعهم بقولهم الأول من المنع من تغيير الحبس عن وجهه ، فقال القاضي لابن لبابة : ما تقول يا أبا عبد الله ؟ قال : أمَّا قول إمامنا مالك بن أنس فالذي قاله أصحابنا الفقهاء ، وأمَّا أهل العراق فإنَّهم لا يجيزون الحبس أصلاً ، وهم علماء أعلام يهتدي بهم أكثر الأمة . . وإنَّما أقول فيه بقول أهل العراق ، وأتقلد ذلك رأياً ... ، ثُمَّ قال للقاضي : إنّه إلى أمير المؤمنين فتياي ، فكتب بها إلى أمير المؤمنين ، فاختار الأخذ بفتوى ابن لبابة ، وعرض عن الحبس » .

وقد جعل الشَّاطبي هذه الفتوى وأمثالها من اتباع الهوى ونبذ الشَّريعة، وجعل أهل هذه الطرق من الفتاوى في غمار أهل البدع والأهواء حيث قال : ويدخل في غمارهم - أي أهل الأهواء والبدع - من كان يخشى السلاطين لنيل ما عندهم ، أو طلباً للرياسة ... فخرجوا عن الجادة إلى البنيات وإن كانت مخالفة لطلب الشَّريعة ؛ حرصاً على أن يغلب عدوه ، أو يفيد وليه »[1] .

ثُمَّ قال الشَّاطبي في ردِّ هذه الفتوى : « إنَّه لو سلمنا صحتها فلا يصح للحاكم أن يرجع في حكمه في أحد القولين بالمحبة والإمارة وقضاء الحاجة، إنَّمَا الترجيح بالوجوه المعتبرة شرعاً ، وهذا متفق عليه بين العلماء، فكُلُّ من اعتمد على تقليد قول غير محقق ، أو رجح بغير معنى معتبر فقد خلع الربقة واستند إلى غير شرع عافانا الله من ذلك بفضله ، فهذه الطَّريقة في الفتيا من جملة البدع المحدثات في دين الله تعالى»[2] .

وقد ذكر في الموافقات أيضاً أنَّه لا يصح الترجيح بالهوى ، واختيار أحد القولين بلا مرجح معتبر ومثل له بهذه الفتوى ، ثُمَّ عارض عدم جواز ذلك بمسألة مراعاة الخلاف ، فإنَّها صحيحة مع أنَّها فيها اعتبار أحد القولين بل المرجوح منهما بقوله : « فإن قيل : فما معنى مراعاة الخلاف المذكورة في المذهب المالكي فإنَّ الظاهر فيها أنَّهَا اعتبار للخلاف ، فلذلك نجد المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها غير دليلها ، فإن كانت مختلفاً فيها روعي

---

(١) الاعتصام جـ٣ ص١٩ ، ٢٠ .

(٢) المصدر السابق جـ٣ ص٢٣ .

فيها قول المخالف ، وإن كان على خلاف الدليل الراجح عند المالكي . . فأنت تراهم يعتبرون الخلاف ، وهو مضاد لما تقرر في المسألة »[1] .

والجواب كما ظهر من تعريف مراعاة الخلاف المتقَدِّم أنَّ هناك فرقاً بين المسألة التي حكم فيها بعدم الجواز ، وبين مسألة مراعاة الخلاف ، إذ اختيار أحد القولين في مراعاة الخلاف لمعنى اقتضى ترجيحه ، لا لمجرد الهوى . كما يأتي تفصيله .

إشكال على معنى مراعاة الخلاف :

وذلك أنَّ مراعاة الخلاف عرفت بأنَّها : الرجوع إلى دليل مرجوح بدل راجح ، والذي علم من شروط العمل به أنَّه لا بد من ترجيح ما كان مرجوحاً بقرائن وأمور تقتضي تقويته حتى يجوز العمل به . فعلى هذا يكون في مراعاة الخلاف ترك لدليل راجح إلى ما هو أرجح منه ، لا إلى دليل مرجوح . وقد صَرَّح الشَّاطبي بهذا حيث قال : « فيرجع الأمر إلى أنَّ النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع ، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن به من القرائن المرجحة »[2] .

الجواب : ويمكن أن يجاب بأنَّ كُلاًّ من الراجحية والمرجوحية المذكورة في تعريف مراعاة الخلاف بالنسبة لما قبل وقوع الحادثة ، وأمَّا بعد وقوعها فقد صار المرجوح أرجح .

قد يقال : هل انقلبت حقيقته فصار أرجح ، أو هو على حقيقته

(١) الموافقات جـ٤ ص١٥٠ .

(٢) المصدر السابق جـ٤ ص٢٠٤ .

الأولى إلا أنَّ ما احتف به من قرائن هو الذي أكسبه الأرجحية ؟

ولعَلَّ الإجابة تؤخذ من كلام الشَّاطبي المتقَدِّم إذ قال : ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن به . . إلخ ، فإذاً الجواب أنَّه باق على حقيقته وإنَّما تقوى بأمر خارج . والله أعلم .

استشكال طائفة من العلماء لهذا الأصل :

وقد استشكل طائفة من العلماء هذا الأصل ، وسبب إشكالهم أنَّ ظاهر معنى مراعاة الخلاف رجوع من راجح إلى مرجوح ، فذهبوا إلى منعه وعدم التمسك به .

ومن هؤلاء الشاطبي في مبدأ أمره فقد أشكل عليه الأمر في ذلك ، وكتب في ذلك إلى علماء المغرب وتونس ، وهناك كلام الشَّاطبي وهو يحدثنا في هذا الموضوع قال : « ولقد كتبت في مسألة مراعاة الخلاف إلى بلاد المغرب ، وإلى بلاد إفريقية لأشكال عرض فيها ... وهو ما أصلها من الشَّريعة ، وعلام تبنى من قواعد أصول الفقه ؟ فإن الذي يظهر الآن أنَّ الدليل هو المتبع فحيثما صار صير إليه ، ومتى رجح للمجتهد أحد الدليلين على الآخر ولو بأدنى وجوه الترجيح وجب التعويل عليه وإلغاء ما سواه . على ما هو مقرر في الأصول ، فإذاً رجوعه - أعني المجتهد - إلى قول الغير إعمال لدليله المرجوح عنده ، وإهمال للدليل الراجح عنده الواجب عليه اتباعه ، وذلك على خلاف القواعد »[1] ، وقال في الموافقات : « وقد سألت عنها جماعة من الشيوخ الذين أدركتهم ، فمنهم من تأول العبارة ولم

---

(١) الاعتصام جـ٣ ص٣٣٠ ، ٣٣١ .

يحملها على ظاهرها، بل أنكر مقتضاها بناء على أنها لا أصل لها »[1].

أي أنكر مقتضى ظاهر العبارة، وهو ترجيح المرجوح على الراجح.

كما قد استشكل ذلك قبله ابن عبد البر، ومنع الاحتجاج بها، فقد قال الشَّاطبي نقلاً عنه في هذا المقام: « فاعلم أنَّ المسألة قد أشكلت على طائفة منهم: ابن عبد البر فإنَّه قال: « الخلاف لا يكون حجة في الشَّريعة »[2].

وقد أجاب جمع من فضلاء المالكية على هذا الإشكال وأوضحوا أن الأمر في مراعاة الخلاف ليس كما توهم هؤلاء المستشكلين، بل إنَّ مراعاة الخلاف هو ترك دليل راجح قبل الوقوع لحادثة من الحوادث مرجوح بعد حصولها، وترك الدليل المرجوح للدليل الراجح متفق عليه بل هو متعين.

وحكى صاحب الأبحاث السامية هذا الجواب عن أئمة المالكية كابن عرفة[3]، والقباب[4]، والشَّاطبي فقال: « ولكن كل هذا أجاب عنه نبهاء

---

(١) الموافقات جـ٤ ص١٥١ .

(٢) المصدر السابق جـ٤ ص١٥١ .

(٣) هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي- بسكون الراء وفتح الغين، وكسر الميم مشددة، التونسي أمامها وعالمها وخطيبها، الإمام العلامة المحقق القدوة النظار، شيخ الإسلام العالم المبعوث على رأس المائة الثامنة حسبما ذكره السيوطي، له تآليف عجيبة كمختصره الفقهي، وحدوده الأنيقة، وتآليف في الأصلين والمنطق مولده سنة(٧١٦)، وتوفي سنة (٨٠٣ هجرية) رضي الله عنه . انظر: الديباج المذهب في تراجم المالكية ص٢٧٤ وما بعدها .

(٤) هو أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن شهر بالقباب . الإمام الحافظ العلامة الصَّالح فقيه نبيه جيد النظر سديد الفهم تولى الفتيا بفاس، وله فتاوى مشهورة توفي سنة (٧٧٩ هجرية) . انظر: نيل الابتهاج بهامش الديباج ٧٢، ٧٣ .

الفقهاء من أهل المذهب ، كالشيخ ابن عرفة وأبي العبَّاس القباب وأبي إسحاق الشَّاطبي ، وهو أشدهم لذلك تحقيقاً واعتناءً[1] .

وقد ذكر الشَّاطبي جواب بعض العلماء في هذا فقال : « وقد سألت عنها جماعة من الشيوخ ... » إلخ ما تقَدَّم له . ثُمَّ ذكر جواب بعضهم بقوله : « وذلك بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداء ، ويكون هو الراجح ، ثُمَّ بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحاً لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف ، فيكون القول بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر ، فالأول فيما بعد الوقوع ، والآخر فيما قبله[2] ، وهما مسألتان مختلفتان ، فليس جمعاً بين متنافيين ولا قولاً بهما معاً ، هذا حاصل ما أجاب به من سألته عن المسألة من أهل فاس وتونس ، وحكى لي بعضهم أنَّه قول بعض من لقي من الأشياخ ، وأنَّه قد أشار إليه أبو عمران الفاسي ، وبه يندفع سؤال اعتبار الخلاف »[3] .

ويظهر أنَّ هذا الجواب قد ارتضاه الشَّاطبي واعتمد عليه ، فقد جاء في كلامه على مراعاة الخلاف في قاعدة اعتبار المآل ما نصُّه : « فيرجع الأمر إلى أنَّ النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع ، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن به القرائن المرجحة »[4] .

---

(١) الأبحاث السامية ص٣٥ .

(٢) قال الشيخ دراز معلقاً على ذلك : لعل مراده بالأول تأويلها وحملها على غير ظاهرها ، وبالآخر إنكار مقتضاها ، وإلا فحق العبارة العكس جـ٤ ص١٥١ .

(٣) الموافقات جـ٤ ص١٥١ ، ١٥٢ .

(٤) المصدر السابق جـ٤ ص٢٠٤ .

فلم يذكر هنا أنَّ هذا جواباً لغيره ، بل جاء به في القالب المرضيّ عنده، ولعَلَّ هذا هو الذي جعل صاحب الأبحاث السامية يجعل الشَّاطبي ممن أجابوا على إشكال مراعاة الخلاف ، والواقع أنَّ الشَّاطبي مسبوق إلى هذا كما صَرَّح بذلك بنفسه في النص المتقَدِّم . والله أعلم .

مذاهب العلماء في مراعاة الخلاف :

للعلماء في هذا الأصل مذهبان : مذهب يمنع التمسك به ، ومذهب يجيز ذلك .

فالمجوزون له : هم المالكية ، والشَّافعية ، والأحناف ، ولم أقف للحنابلة على رأي فيه .

نسبة ذلك للمالكية :

قد نسب جمع من المالكية هذا الأصل لمالك وأصحابه ، كما جاءت نسبته لهم من غيرهم ، وقد نقل عن بعض علماء المالكية إنكارهم لهذا الأصل ، إلا أنَّ المعروف أنَّ هذا المبدأ أصل من أصول مالك التي بنى عليها مذهبه ، وإليك النصوص المفيدة لذلك :

يقول الشَّاطبي : « إنَّ من جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء، وهو أصل في مذهب مالك تبنى عليه مسائل كثيرة »[1] .

وقال أبو العَبَّاس القباب : « اعلم أنَّ مراعاة الخلاف من محاسن المذهب »[2] .

---

(١) الاعتصام جـ٢ ص٣٢٩ .

(٢) انظر : الأبحاث السامية ص ٣٥ .

وقال القسطلاني في شرح البخاري في شرح حديث الحلال بين : « وقد يكون الدليل غير خال من الاجتماع ، فالورع تركه لا سيما على القول بأنَّ المصيب واحد ، وهو مشهور مذهب مالك ، ومنه ثار القول في مذهبه بمراعاة الخلاف أيضاً »[1] .

نسبة مراعاة الخلاف للشافعية :

هذا الأصل مما قرر في المذهب الشَّافعي ، بل هو من القواعد الفقهية عندهم التي بنيت عليها فروع مذهبهم ، وهو مروي عن الإمام الشَّافعي ، وخرج له مسائل على هذا الأصل ، وتبعه في هذا أصحابه على نحو خاص ، وشروط معلومة .

فقد جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي قوله : « القاعدة الثانية عشرة : الخروج من الخلاف مستحب » ، كما عبر عنها أيضاً بمراعاة الخلاف حيث قال في هذه القاعدة : « ولمراعاة الخلاف شروط » . ثم قال : « فروعها كثيرة جداً لا تكاد تحصى »[2] .

وقال القسطلاني في شرح صحيح البخاري بعد أن ذكر أنَّ مراعاة الخلاف معتبرة عند مالك : « وكذا روي عن إمامنا الشَّافعي أنَّه كان يراعي الخلاف ، ونص عليه في مسائل ، وبه قال أصحابه حيث لا تفوت به سنة عندهم »[3] .

---

(١) الأبحاث السامية ص ٣٧ .
(٢) الأشباه للسيوطي ص ١٣٦ ، ١٣٧ .
(٣) الأبحاث السامية ص٣٧ .

شروط القول به عندهم:

لقد ذكر السيوطي في أشباهه شروطاً لمراعاة الخلاف ، منها ما تقَدَّم ذكره في عبارة القسطلاني عن أصحاب الشَّافعي ، ومنها أن يقوى مدركه بحيث لا يعد هفوة ، قال السيوطي بناء على هذا الأصل : « ومن ثم كان الصوم في السفر أفضل لمن قوي عليه ». ولم يبال بقول داود : « إنَّه لا يصح » ، وقد قال إمام الحرمين في هذه المسألة : « إنَّ المحققين لا يقيمون لخلاف أهل الظاهر وزناً »[١] .

ويقول صاحب الأبحاث السامية من المالكية المعاصرين : « وإنَّ القول بمراعاة الخلاف وإن خص بالنسبة لمالك ، فليس خاصاً به ، بل يقول به أصحاب الشَّافعي »[٢] .

نسبة مراعاة الخلاف للحنفية :

لقد اطلعت على جمع من كتب الحنفية فلم أر ذكر هذا النوع تحت هذا العنوان : (مراعاة الخلاف) ، إلا عند بعض الكاتبين المحدثين، ولكن المسائل الموجودة في كتبهم تنطبق على حقيقة مراعاة الخلاف تماماً .

من ذلك ما قاله ابن عابدين في رسالته : رسم المفتي : إنَّ الواجب على من أراد أن يعمل لنفسه أو يفتي غيره أن يتبع القول الذي رجحه علماء مذهبه ، فلا يجوز له العمل أو الإفتاء بالمرجوح إلا في بعض المواضع كما سيأتي[٣] .

---

(١) الأشباه للسيوطي ص١٣٧ .

(٢) الأبحاث السامية ص٣٧ .

(٣) رسائل ابن عابدين جـ١ ص١٠ .

وقد ذكر ابن عابدين في آخر رسالته المذكورة ما وعد به ، فأفاد أنَّ الأقوال الضعيفة في بعض المسائل يجوز للمفتي أن يفتي بها الغير إذا دعت ضرورة لذلك ، تيسيراً على النَّاس . ووصف هذا الإفتاء بأنَّه حسن ، وجعل مثل مواطن الضرورة في جواز الإفتاء بالقول الضعيف الإفتاء بعدم كفر المسلم ، بمعنى أنَّه إذا كان هناك قولان راجح ومرجوح ، والراجح يقتضي تكفير المسلم ، والمرجوح عدمه ، يفتى بالمرجوح ، لخطورة الأمر في هذا الشأن ، فلا يفتى به ما دام هناك احتمال الإسلام .

وإليك نصُّه نقلاً عن صاحب البحر قال : « وقد ذكر صاحب البحر في الحيض في بحث ألوان الدماء أقوالاً ضعيفة ، ثُمَّ قال : وفي المعراج عن فخر الأئمة : لو أفتى بشيء من هذه الأقوال في مواضع الضرورة طلباً للتيسير كان حسناً . انتهى »[1] .

ثُمَّ قال : وبه علم أنَّ المضطر له العمل بذلك لنفسه كما قلنا ، وأنَّ المفتي له الإفتاء به للمضطر ، فما مَرَّ من أنَّه ليس له العمل بالضعيف ، ولا الإفتاء به ، محمول على غير موضع الضرورة كما علمته من مجموع ما قررناه » .

ثُمَّ قال : « وينبغي أن يلحق بالضرورة أيضاً ما قَدَّمْنَاه من أنَّه لا يفتى بكفر مسلم في كفره خلاف ، ولو رواية ضعيفة ، فقد عدلوا عن الإفتاء بالصحيح لأنَّ الكفر شيء عظيم »[2] .

---

(١) انظر : رسائل ابن عابدين جـ١ ص٥٠ .
(٢) المرجع السابق والجزء والصفحة .

فأنت ترى أنَّ هذه النصوص - عملاً بالمرجوح وتركاً للراجح - ابتغاء اليسر ، ودفع الحرج ، وهذا هو عين مراعاة الخلاف الذي قال به المالكية من هذه الحيثية أي كونه تركاً ... إلخ ، مراعاة للضرورة ، ومما هو صريح في ذلك ما روي عن أبي يوسف أنَّه صَلَّى الجمعة ، فأخبر بعد الفراغ منها بأنَّ الماء الذي تطهر به قد وقعت فيه فأرة ، فلم يعد الجمعة ، ولم يبطل العمل ، بل أجازه بناءً على قول أهل المدينة مع مخالفته لمذهبه الذي هو راجح عنده .

فقد ذكر ابن عابدين في مبحث جواز تقليد المجتهد لمجتهد ، وعدم ذلك ، قال : ويؤيد الجواز مسألة أبي يوسف لما صلى الجمعة فأخبروه بوجود فأرة في حوض الحمام ، فقال : « نقلد أهل المدينة »[1] .

وإيراد ابن عابدين لها في هذا المبحث لا ينافي صلاحيتها للاستشهاد بها هنا ، إذ قول غيره مرجوح عنده بلا شك . كما يلاحظ أن هذا الإفتاء حصل بعد وقوع الحادثة المفتى فيها .

التصريح بأنَّهم يراعون الخلاف :

ولقد ذكر الأستاذ الشيخ محمد مصطفى في كتابه « تعليل الأحكام » أنَّ الحنفية يراعون الخلاف ويبنون عليه الأحكام ، ويسمونه استحساناً ، فقد قال : « النوع السادس من أنواع الاستحسان : الاستحسان احتياطاً مراعاة للخلاف ، كما قالوا في السفيه المحجور عليه لو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً ، والقياس يمنع لأنَّها تطوع فصارت كالحج تطوعاً ،

---

(١) انظر : رسائل ابن عابدين جـ١ ص٣١ .

ووجهوا الاستحسان بأنَّ بعض العلماء قال بوجوبها ، فيمكن منها احتياطاً مراعاة للخلاف »[١] .

مذهب المانعين

كما ذهب جمهور العلماء إلى مراعاة الخلاف كما قَدَّمْنَا ، ذهبت طائفة منهم إلى منعه ، وادعوا أنَّ مراعاة الخلاف فيه ترك للراجح من الأدلة إلى العمل بالمرجوح منها ، وهذا مخالف للإجماع[٢] والقواعد[٣] .

كما أنَّ القولين المرجوح والراجح انبنيا على دليلين متعارضين كُلٌّ منهما يوجب معنى يغاير ما يقتضيه الآخر ، ومراعاة الخلاف يعني العمل بكُلٍّ منهما ، وفي هذا الجمع بين المتنافين ، وهو باطل .

أمَّا تعارض دليلي القولين فظاهر ، وأمَّا أنَّ مراعاة الخلاف توجب التنافي فلأنَّ المراعي للخلاف نظر إلى دليل المخالف في بعض الأحوال ؛ لأنَّه ترجح عنده ، وتركه في بعض الأحيان لعدم رجحانه[٤] . وعمل بالراجح ، فكان في هذا العمل بمتنافيين كُلٌّ منهما يقتضي ضد ما يقتضيه الآخر .

يقول الشَّاطبي مبيناً دعوى المانعين : « فاعلم أنَّ المسألة قد أشكلت على طائفة ، منهم : ابن عبد البر فإنَّه قال : « والخلاف لا يكون حجة في

---

(١) انظر : تعليل الأحكام للشاطبي ص٣٦٥ .

(٢) لأن الحكم والفتيا بما هو مرجوح خلاف الإجماع ، وأنَّ المرجوح في مقابلة الراجح بمنزلة العدم . انظر : رسائل ابن عابدين جـ١ ص٤٨ .

(٣) انظر : الاعتصام للشاطبي جـ٢ ص٣٣١ .

(٤) الاعتصام جـ٢ ص٣٣٠ .

الشَّريعة »[1] ، كما ذكر أبو الوليد الباجي الخلاف فيها ، يقول الشَّاطبي : « لقد حكى الباجي خلافاً في اعتبار الخلاف في الأحكام »[2] ، فثبت بهذا أنَّ المسألة مختلف فيها وأنَّ البعض يمنعها .

وقد أخذ الشَّاطبي يوجه دعوى المنع عقب نقله منع ابن عبد البر لمراعاة الخلاف حيث قال : « وما قاله ظاهر فإنَّ دليلي القولين لابد أن يكونا متعارضين ، كل واحد منهما يقتضي ضد ما يقتضيه الآخر ، وإعطاء كل واحد منهما ما يقتضيه ، هو معنى مراعاة الخلاف ، وهو جمع بين متنافيين »[3] .

---

(١) الموافقات جـ٤ ص١٥١ .

(٢) المرجع السابق جـ٤ ص١٥٢ .

(٣) بتصرف في اللفظ من الموافقات جـ٤ ص١٥١ ، ونص عبارته : « وإعطاء كل واحد منهما ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه هو معنى مراعاة الخلاف » .

ويظهر لي أنَّه لا مكان لكلمة « الآخر » ، بل الصواب حذفها ، فلعلها زيادة من الناسخ . ووجه الخطأ في هذا النص أنَّ الدليلين لم نعط كل واحد منهما معنى الآخر ، ولا بعض معناه ، وإنَّما تركنا العمل بواحد منهما ، وهو الراجح في حالة خاصة ، فكان في هذا إعمال لكل منهما لا إعطاء لكل واحد منهما معنى الآخر أو بعضه .

وظاهر العبارة يقتضي أنَّ الدليل المانع مثلاً جعلناه مجوزاً في بعض الأحيان ، والدليل المجوز جعلناه مانعاً كذلك ، وشيء من هذا لم يحصل في مراعاة الخلاف .

يدلُّ على خطأ هذا النص قول الشيخ القباب معرفاً لمراعاة الخلاف : « وحقيقته : هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه » .

نقل هذا عن القباب صاحب الأبحاث السامية ، وعزا هذا النقل إلى المعيار جـ٦ ص٢٧٢ . انظر : الأبحاث السامية ص٣٥ .

على أنَّ حقيقة مراعاة الخلاف تمنع ظاهر هذه العبارة ، فهو عبارة عن ترك العمل بالراجح والعمل بالمرجوح ، فليس هناك تبادلٌ بين الدليلين فيما يقتضيانه بل كُلٌّ =

الدليل الأول:

من المعلوم أنَّ القول بمراعاة الخلاف متفرع على القول باعتبار المآل في الأحكام ، وقد مَرَّ بسط الأدلة على اعتبار المآل ، فالدليل هناك دليل هنا .

وتقريره هنا أنَّه ثبت كثيراً عن الشَّارع كتاباً وسنةً أنَّ الأخذ بالدليل إذا أدَّى اطراد العمل به إلى عنت ومشقة في بعض الأحيان ، أو إلى مفسدة أعظم ، يخرج ما أدَّى إلى العنت والمشقة عن مقتضى الدليل ويحكم فيه بدليل آخر فيه يسر وسهولة ، وقد مَرَّ ذلك في قوله تعالى : ﴿ **وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ** ...﴾ الآية ، وقوله ﷺ للسيدة عائشة : « لولا قومك حديث عهدهم ... » الحديث ، فسب آلهة الكفار واضطهادها مشروع مأمور به ، ترك لما أدَّى إلى مفسدة عظمى تفوق المفسدة المترتبة على ترك السب ، وكذا إعادة البيت على قواعده الأولى مطلوبة ، فلما أدَّى ذلك إلى تشكيك العرب في أمر الرسالة ترك .

وما مراعاة الخلاف إلا من هذا الوادي إذ هي تعني كما قَدَّمْنَا كثيراً ، ترك العمل بدليل راجح في حالة من حالاته ، لما يؤدِّي إليه تطبيقه فيها من مفسدة تفوق مفسدة ترك العمل به [1] .

= واقف عند معناه إلا أنَّهما تناوبا في العمل فتارة عمل هذا ، وأخرى عمل ذلك ، وليس في هذا عمل كل منهما بما يقتضيه الآخر . والله أعلم .

(١) الموافقات جـ٤ ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

الدليل الثاني:

هذا الدليل استدلَّ به أبو الوليد الباجي ، وحاصله أنَّ ما جاز أن يكون علة بالنطق جاز أن يكون علة بالاستنباط ، ولو قال الشَّارع : إنَّ كل ما لم تجتمع أمتي على تحريمه ، واختلفوا في جواز أكله ، فإن جلده يطهر بالدباغ ، لكان ذلك صحيحاً ، فكذلك إذا علق هذا الحكم عليه بالاستنباط[1] .

توضيح هذا الدليل:

في هذا النص حكم، هو: طهارة جلد ما اختلف في أكل لحمه بالدباغ، وعلة لهذا الحكم وهي اختلاف الأمة في حرمة أكل لحم الحيوان .

فإذا علم هذا فلا مانع من ورود هذا الحكم معللاً بتلك العلة عن الشَّارع بطريق النص ، وإذا لم يكن مانع من ذلك وكان مثل هذا جائزاً ، جاز لنا استنباط هذه العلة ، وهي الاختلاف المتقَدِّم وجعلها علة لبعض الأحكام .

وتوضيح ذلك أكثر أنَّ مالكاً يرى بطلان النكاح الذي لا ولي فيه ، ويرى فسخه ، إلا أنَّه إذا لم يطلع عليه إلا بعد الدخول بالمرأة ، فإنه يوجب فيه الميراث مراعاة لقول مَنْ يرى صحته ، فالحكم وجوب الميراث ، والعلة هي خلاف مَنْ يرى الصِّحَّة ، فلا مانع من جعل الشَّارع خلاف مَنْ يرى الصِّحَّة في هذا النكاح علة في وجوب الميراث بعد الدخول بالمرأة في النكاح الذي لا ولي فيه ، وإذا جاز أن يأتي نَصٌّ من الشَّارع بهذا جاز لنا أن

---

(١) الموافقات جـ٤ ص ١٥٣ .

نجعله علة بالاستنباط ، فتكون مراعاة الخلاف جائزاً بناء الأحكام عليها ، وهو المدعى .

مناقشة الدليل الثاني :

اعترض على هذا الدليل باعتراضين :

أحدهما : أنَّه مقلوب على صاحبه ، ومنتج لضد ما ادعاه من جواز مراعاة الخلاف ، وذلك لأنَّه لقائل أن يقول : يجوز أن يقول الشَّارع كل ما لم تجتمع عليه الأمة ، وحصل الخلاف بينها في جواز أكله ، لا يطهر جلده بالدباغ ، فإذا جاز صدور هذا عن الشَّارع ، جاز أن نستنبطه علة ونبني عليها الحكم ، وهو عدم الطهارة بالدباغ ، على أنَّ ما سلكناه من جعل الخلاف علة لعدم الطهارة أرجح مما ذكره الخصم ؛ لأنَّ جانبه يعضد بالاحتياط في الأمور والخروج من الإثم فيها بيقين .

قال الشَّاطبي معترضاً على هذا الدليل : « هذا الدليل مشترك الإلزام ، ومنقلب على المستدل به ، إذ لقائل أن يسلم أن ما جاز أن يكون علة بالنطق جاز أن يكون علة بالاستنباط » ، ثُمَّ يقول : « لو قال الشَّارع : إنَّ كل ما لم تجتمع أمتي على تحليله ، واختلفوا في جواز أكله ، فإن جلده لا يطهر بالدباغ ، لكان ذلك صحيحاً ، فكذا إذا علق الحكم بالاستنباط ويكون هذا القلب أرجح ؛ لأنَّه مائل إلى جانب الاحتياط »[1] .

ثانيهما : أنَّ غاية ما أنتجه هذا الدليل جواز الاعتماد على مراعاة الخلاف ، ولا يلزم من جواز شيء وقوعه ، فكم من جائز أن يعلق به

(١) الموافقات جـ٤ ص١٥٢ .

الحكم الشَّرعي ولكنه لا يكون سبباً في تعليق الأحكام الشَّرعية وبنائها عليه، ألا نرى أنَّه يجوز أن يعلق الشَّارع نقض الوضوء بمس جسم غير جسم الأجنبية ، كالحائط مثلاً والحجر وما أشبه ذلك من الجمادات ، ومع ذلك لا يصح لنا أن نقول : إنَّ هذا الجواز يصح جعل ذلك علة ، فإذاً لا بد إلى انضمام الجواز من دليل آخر يرجح جانب الجواز .

ردهم على الاعتراض الثاني :

يمكن دفع الاعتراض الثاني من جانب المثبتين لمراعاة الخلاف كالباجي ومن سلك مسلكه ، بأنَّهم لا يجعلون كل جائز صالحاً للعلية ، وإنَّما يشترطون مناسبة العلة للحكم ، وملاءمتها له ، ولا يقولون ذلك اعتباطاً من غير مناسبة . والواقع أنَّ هذا رد على قول الخصم : إن مطلق الجواز لا يفيد إذا لم ينضم له مايرجحه ، فكأنَّهم يقولون : إنَّ هذا ليس تجويزاً مجرداً عن المرجح ، بل له مرجح هو مناسبة العلة للحكم ، إلا أنَّ هذا لا يفيد في دفع الاعتراض شيئاً لأمرين :

أحدهما : أنَّ المستدل لم يذكر ذلك القيد في دليله ، أي قيد المناسبة بين العلة والحكم ، فلا يصح له التعلق به .

ثانيهما : أنَّ ذلك لا يفيد ؛ لأنَّ قوله : كل ما كان علة بالنطق كان علة بالاستنباط ، عام في كل علة ، كان طريقها المناسبة أو غيرها من الطرق الاستنباطية ، وبعض هذه العلل لا يشترط فيها مناسبة كالاطراد والانعكاس ، فإنَّ ثبوت العلية يتوقف على وجود الحكم معها كلما وجدت ، وانعدامه بانعدامها ، كان بينها وبين الحكم مناسبة أم لا . وإليك

عبارة الشَّاطبي في هذا :

قال : « الثاني - أي الاعتراض الثاني - ، أنَّه ليس كل جائز واقعاً ، بل الوقوع محتاج إلى دليل ، ألا ترى أنَّه يجوز أن ينص الشَّارع على أنَّ مس الحائط ينقض الوضوء ، وأنَّ شرب الماء الساخن يفسد الحج ، وأنَّ المشي من غير نعل يفرق الزوجين ، وما أشبه ذلك ، ولا يكون هذا التجويز سبباً في وضع الأشياء المذكورة عللاً شرعية بالاستنباط ، فلمَّا لم يصح ذلك دلَّ على أنَّ نفس التجويز ليس بمسوغ لما قال .

فإن قيل : إنَّمَا أعني ما يصح أن يكون علة لمعنى فيه من مناسبة أو شبه ، والأمثلة المذكورة لا معنى فيها يستند إليه في التعليل .

قيل : لم تفصل أنت هذا التفصيل ، وأيضاً فمن طرق الاستنباط ما لا يلزم فيه ظهور معنى يستند إليه كالاطراد والانعكاس ونحوه »(١) .

أدلة المانعين

الدليل الأول :

استدلَّ المانعون بأنَّ مراعاة الخلاف فيها ترك دليل راجح إلى دليل مرجوح ، وهذا مخالف للإجماع والقواعد ، وما خالف ذلك يكون باطلاً ، فاتباع مراعاة الخلاف باطل (٢) .

---

(١) الموافقات جـ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ .

(٢) انظر : الاعتصام جـ٢ ص ٣٣١ .

الدليل الثاني :

أنَّ القول : إنَّ المرجوح والراجح انبنيا على دليلين متعارضين كل منهما يوجب معنى مغايراً لما يقتضيه الآخر ، ومراعاة الخلاف تعني العمل بكُلٍّ منهما ، وفي هذا الجمع بين المتنافيين وهو باطل ، فما أدَّى إليه وهو العمل بمراعاة الخلاف يكون باطلاً [1] .

الدليل الثالث :

ما ذكره الشَّاطبي ، وحاصله : أنَّ الخلاف الذي جعل علة للحكم متأخر عن تقرير الحكم ، إذ الخلاف تأخر لأنَّه نشأ من اجتهاد المجتهدين بعد استقرار الشريعة ، والحكم متقرر بمقتضى الأدلة الواردة عن صاحب الشَّرع [2] ، وهذا الحكم جعل الخلاف علته ودليله ، فيلزم على هذا تَقَدُّم المعلول على علته ، وهذا باطل .

وإليك نص الشَّاطبي لتعلم منه صحة ما نقول ، قال :

احتَجَّ المانعون بأنَّ الخلاف متأخر عن تقرير الحكم ، والحكم لا يجوز أن يتقَدَّم على علته [3] .

الاعتراض على أدلة المانعين :

اعترض على الدليل الأول : بأنَّ قولكم ترك للراجح لأجل المرجوح ، غير صحيح ، إذ هو ترك للراجح لما هو أرجح منه ؛ لأنَّ المرجوح صار بعد

---

(١) انظر الموافقات جـ٤ ص ١٥١ .

(٢) تقرير الشيخ دراز على الموافقات جـ٤ ص١٥٣ .

(٣) الموافقات جـ٤ ص١٥٣ ، ١٥٤

وقوع الحادثة أقوى من الراجح ، وترك الدليل لما هو أقوى منه هو المتعين .

واعترض على قولهم في الدليل الثاني : بأنَّ مراعاة الخلاف تؤدِّي إلى الجمع بين المتنافيين بأنَّه غير مسلم إذ لا تعارض ، فالدليل الراجح عمل في جهة ، وهي ما كان قبل حصول الحادثة المراعى فيها الخلاف ، والمرجوح إنَّمَا أعمل فيها بعد وقوع الحادثة ، فلم يتواردا على شيء واحد في وقت واحد ، فلا تنافي ، والتنافي إنَّمَا يكون لو كان أحدهما يقتضي المنع ، والآخر يقتضي الجواز ، وأعملا معاً .

وإلى هذين الاعتراضين يشير قول الشَّاطبي على لسان المجوزين مصوراً لمعنى مراعاة الخلاف بقوله : وذلك بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداء ويكون هوالراجح ، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحاً لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف ، فيكون القول بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر ، فالأول فيما قبل الوقوع ، والآخر فيما بعده ، وهما مسألتان مختلفتان ، فليس جمعاً بين متنافيين ولا قولاً بهما معاً [(١)] .

الاعتراض على الدليل الثالث :

يقول الباجي : لا نسلم امتناع التعليل بالمتأخر ، بل يجوز أن نعلل الحكم المتقَدِّم بما يحدث في عصرنا قياساً على الإجماع ، فإنَّه حجة مع تأخره عن عصر التشريع والأحكام ، ومع ذلك جعل دليلاً وعلة للحكم ، ولم يرق هذا الاعتراض في نظر الشَّاطبي بل ردَّه بأنَّ الإجماع ليس علة

---

(١) الموافقات جـ٤ ص ١٥١ .

للحكم وإنَّمَا هو دليل الحكم ، فلا يصلح قياس الخلاف عليه في صحة إثبات الحكم به وإن تأخر وجوده .

وإليك نص اعتراض الباجي ، واعتراض الشَّاطبي عليه : « قال الباجي : ذلك ممتنع كالإجماع ، فإنَّ الحكم يثبت به وإن حدث في عصرنا، قال الشَّاطبي : والجواب عن كلام الباجي أنَّ الإجماع ليس بعلة للحكم ، بل هو أصل » [1].

المختار من المذاهب :

وبعد ما قَدَّمْنَاه من أدلة الفريقين في مراعاة الخلاف رداً وقبولاً كدليل تبنى عليه الأحكام ، يتبين لنا أنَّ ما أورده المانعون لم يسلم لهم ، فقد ردَّه المثبتون ، وأثبتوا أنَّ الأمر ليس فيه ترجيحاً للمرجوح ، ولا جمعاً بين المتنافيات ، وليس هناك ما يضع الاعتماد على الخلاف وإن تأخر ، بل المرجوح من القولين لم يرجح إلا لصيرورته راجحاً على غيره ، أو أرجح ، ولا تنافي ؛ لأنَّ هذا معمول به في حالة ، وذلك معمول به في حالة أخرى، شأن العمل بين العام و الخاص ، والتوفيق بين الأدلة ، وبناء على هذا نرى أنَّ رأي الجمهور هو الراجح . والله أعلم .

الصلة بين مراعاة الخلاف والاستحسان المصلحي :

إنَّ مراعاة الخلاف هي : عبارة عن ترك دليل راجح إلى غيره مما هو مرجوح ؛ لترجحه عليه بعد وقوع الحادثة ؛ والدليل المرجوح شامل لما هو مصلحة مرسلة ولغيرها ، فإذا كان الدليل المرجوح مصلحة والدليل

---

(١) الموافقات جـ٤ ص ١٥٤ .

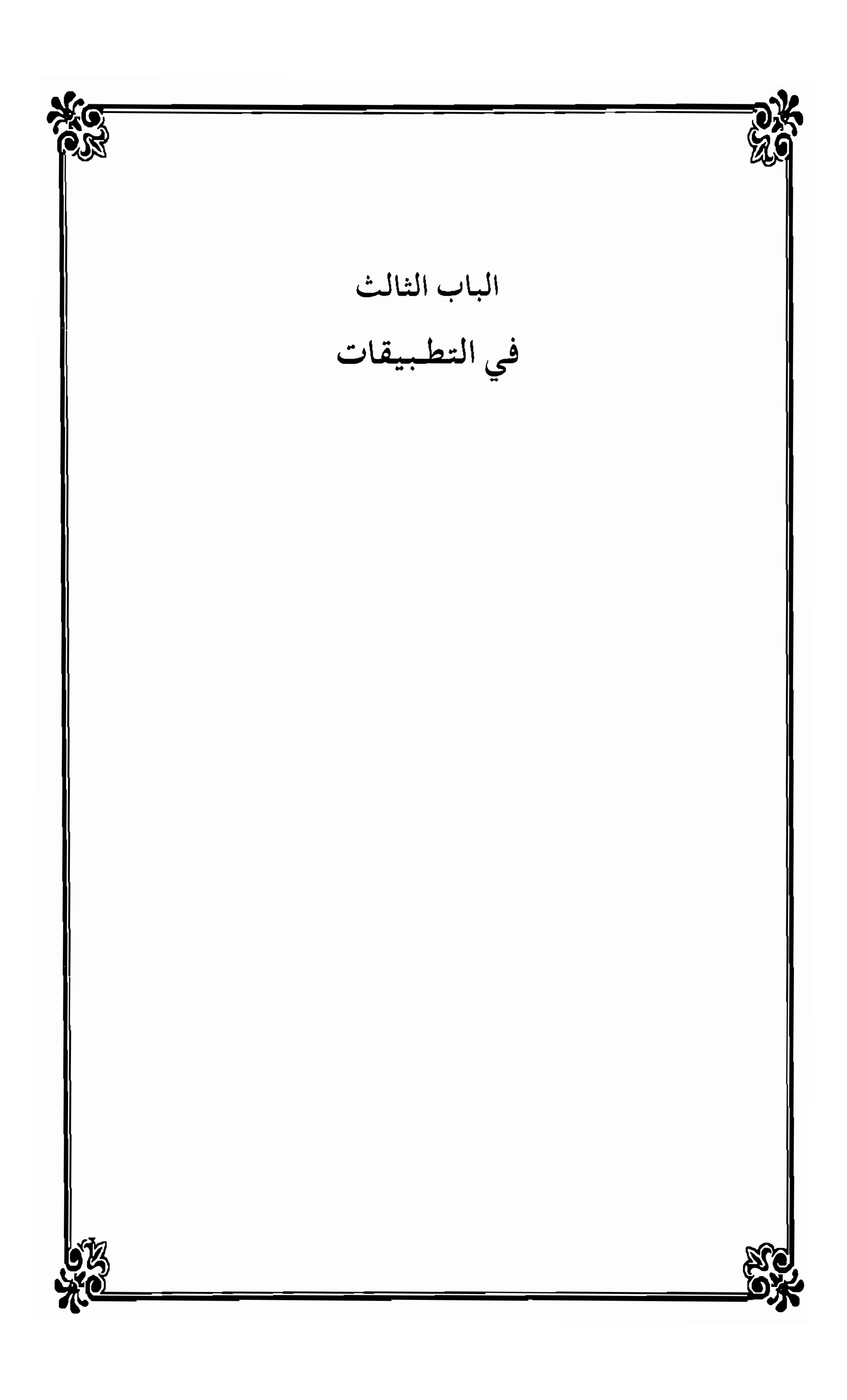
الراجح غيرها ، وراعى صاحب الدليل الراجح دليل المصلحة بعد وقوع الحادثة فقد حكم في الحادثة دليل المصلحة المرجوح عنده أولاً لرجحانه عنده على الدليل الراجح بعدالوقوع والنزول ، فيكون مراعاة الخلاف داخلاً في موضوعنا من هذه الناحية .

ويمكن أن يمثل لذلك بمسألة تضمين الصناع ، فإن الدليل عند الشافعية عدم التضمين ، وعند غيرهم التضمين ، ودليل التضمين المصلحة المرسلة ، وهو مرجوح لدى الشَّافعية ، فإذا حدثت حادثة استوجبت الحكم بتضمين الصناع عند شافعي ، فيكون قدترك دليلاً راجحاً عنده إلى دليل مرجوح عنده ابتداءً ، راجحاً أو أرجح بعد وقوع الحادثة ، فمثل هذا يكون من نوع مراعاة الخلاف الموافق للاستحسان المصلحي .

وجه كون مراعاة الخلاف استحساناً :

وجه ذلك أنَّ الاستحسان في غالب أنواعه معناه تخصيص دليل بدليل ، وفي مبحثنا وهو الاستحسان المصلحي تخصيص دليل بالمصلحة ، فإذا ترك دليل راجح لمرجوح ، فقد ترك عموم العمل بالدليل للحالين : حال وقوع الحادثة المفتى فيها بالمرجوح ، وحال عدم وقوعها . وخص العمل به في حالة ما إذا لم تقع حادثة تستوجب العمل بالمرجوح .

وبعبارة أخرى : إنَّ الدليل المانع من تضمين الصناع عام في التضمين حال وقوع الحادثة وحال عدم وقوعها ، فخص بما عدا الحادثة التي حصلت . والله أعلم بالصواب .



الباب الثالث

في التطبيقات

الباب الثالث

في التطبيقات

لقد سبق أن تكلمنا على كُلٍّ من المصلحة المرسلة والاستحسان ، ببيان حقيقتهما ، وأقسامهما ، ومذاهب العلماء فيهما وحججهم ، وأدلتهم على ما ذهبوا إليه من قبول أو رد .

وكان الكلام في ذلك على الناحية النظرية ، أو على تقرير الحقائق في ذاتها بقطع النظر عن وجودها الخارجي والعمل بمقتضاه في التشريع ، اللهم إلا ما تدعو إليه حاجة توضيح الحقيقة والماهية من أمثلة سقناها لتكون عوناً على تقرير الماهية ، وتثبيتها في الأذهان على نحو أمثل ، ووجه أجلى من ذكرها مجردة عن ذلك .

على أنَّنا لم نطل النفس في بيان تلك الأمثلة من جميع وجوهها ، بل قصرنا الكلام في ذلك على بيان وجه المصلحة في كل مثال نورده ، ولم نتطرق إلى سوى ذلك مما اشتملت عليه المصلحة من وجوه : كبيان نوعها ومرتبتها ، والمذاهب التي تنطبق عليها المصلحة الممثل لها ، وما إلى ذلك من الجهات التي سنقوم بعون الله تعالى في هذا الباب ببيانها .

أمَّا كلامنا في هذا الباب فسيكون الأمر فيه في عرض المسائل والأمثلة مغاير لما تَقَدَّم كل المغايرة وذلك لكثرة البيان هنا ، بذكر كل ما يتصل بالمسألة من بيان وجه المصلحة من أنَّها لم يتقدم لها دليل خاص بالإذن فيها ، ولا المنع منها ، وبيان مراتبها من كونها ضرورية ، أو حاجية ، أو

تحسينية ، وبيان نوعها من حيث إنَّها مما يخيل معارضتها للنصوص في بادىء الأمر ، أو مما خلت عن تلك المعارضة والمقابلة ، وبيان مذاهب العلماء في كل مسألة نسوقها ، ذاكرين من يقولون بها ومن يردونها ، مبينين وجه الرد أهو راجع إلى إنكار أصل المصلحة ، أم ذلك لا لإنكار أصل المصلحة وإنَّمَا لدليل قام عندهم ضدها ، مع الاعتراف بها في غير ذلك ؟ وغير ذلك مما تسنح به الفرص وتجود به القرائح من أوجه البيان .

ومن هنا كان لا غضاضة في ورود بعض الأمثلة التي ورد ذكرها في القسم النظري مكررة في هذا الباب ، وذلك لاختلاف الغرضين هنا وهناك ، وتعدد وجهات البيان والإيضاح ، إذ الغرض هنا بيان أنَّ لهذا الأصل من أصول التشريع واقعاً ملموساً ، وميداناً فسيحاً يتبارى فيه أئمة الفقه والأصول عصراً بعد عصر ، وجيلاً تلو جيل .

وتحت هذا الباب فصلان :

الأول : في المسائل المطبقة على المصالح المرسلة التي لم تأت مخصصة لغيرها .

والثاني : في المصالح المرسلة بمعنى الاستحسان ، أو التي جاءت مخصصة لغيرها من الأدلة .

الفصل الأول

في تطبيقات المصلحة المرسلة

الفصل الأول
في تطبيقات المصلحة المرسلة

ويشتمل هذا الفصل على ثلاث مسائل :

المسألة الأولى
جمع المصحف في عهد أبي بكر - رضي الله عنه -

والكلام في هذه المسألة على : المراد بالجمع هنا ، كيفية الجمع ، باعث هذا الجمع ، كيف يضيع القرآن إذا كان مكتوباً قبل هذا الجمع ، وعلى كون هذا الجمع دليلاً على المصلحة ، بذكر استنباط المصلحة من هذه القصة ، وما يؤيد هذا الاستنباط من كلام العلماء ، ونوع المصلحة هنا ، ومرتبتها ، ومذاهب العلماء فيها ، وتحقيق مذهب الباقلاني على ضوء كلامه في هذه المسألة ، ورأينا في مذهب الباقلاني .

جمع القرآن والمراد به :

لقد كان القرآن مكتوباً في عهد النبي ﷺ إلا أنَّ أجزاءه كانت مفرقة غير مجموعة في موضع واحد ، فبعضها هنا وبعضها هناك ، كما أنَّه لم يكن مرتب السور .

ولعَلَّ السر كما قال الخطابي في عدم جمعه وترتيبه في عهد النبي ﷺ هو ما كان يترقبه النبي ﷺ من ورود ناسخ لبعض أحكامه ، أو تلاوته ، فلما انقضى نزوله بوفاته ﷺ ألهم الله الخلفاء الراشدين ذلك [1] .

---

(١) فتح الباري جـ٩ ص٩ .

ولـمَّـا خـشي الـصـحـابة - رضي الله عنهم - من ضـيـاع القـرآن بموت حـفظتـه في حـروب الأعـداء ، ورأوا المصلحة في جـمع متـفـرقـه قـامـوا بجمعه ، واتفقوا عليه بعد ترددهم في هذا الأمر ، وعدم اطمئنانهم إليه أولاً ، وإلى هذا أشار البخاري في صحيحه ، فروى : أنَّ زيد بن ثابت - رضي الله عنه - قال : أرسل إليَّ أبو بكر الصديق مقتل أهل اليمامة ، فإذا عمر بن الخطاب عنده ، قال أبو بكر : إنَّ عمر أتاني فقال : إنَّ القتل قد استحرَّ يوم اليمامة بقُرَّاء القرآن ، وإنِّي أخْشَى إن استحرَّ القتلُ بالقراء بالمواطن فيذهب كثيرٌ من القرآن ، وإنِّي أرى أن تأمر بجمع القرآن ، قلتُ لعمر : كيف نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ ؟ قال عمر : هذا والله خير ، فلم يزل عمر يراجعني حتَّى شرح الله صدري لذلك ، ورأيْتُ في ذلك الذي رأى عمر . قال زيد : قال أبو بكر : إنَّك رجلٌ شابٌ عاقلٌ لا نتهمك ، وقد كنت تكتب الوحي لرسول الله ﷺ ، فتتبع القرآن فاجمعه . فوالله لو كلفوني نقل جبل من الجبال ما كان أثقل عليَّ ممَّا أمرني به من جمع القرآن . قلتُ : كيف تفعلون شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ ؟ قال : هو والله خير ، فلم يزل أبو بكر يراجعني حتَّى شرح الله صدري للذي شرح له صدر أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - ، فتتبعتُ القرآن أجمعه من العسب واللخاف وصُدُر الرِّجال »[1] .

قال ابن حجر في الفتح : « المراد بالجمع هنا : جمع مخصوص ،

---

(١) صحيح البخاري بهامش شرح فتح الباري جـ٩ ص٨ وما بعدها .

وهو جمع متفرقه في صحف ، ثُمَّ جمع تلك الصحف في مصحف واحد مرتب السور »[1] .

ثُمَّ بيَّن أنَّ هذا الجمع كان جمعاً لما كتب في عهده ﷺ في الصحف والعسب واللخاف[2] بقوله : « وقد كان القرآن كله كتب في عهد النبي ﷺ ، لكنه غير مجموع في موضع واحد ولا مرتب السور »[3] .

وإلى ما ذكره ابن حجر يشير قول البخاري في القصة : « أرى أن تجمع القرآن » . فإن هذا يفهم منه أنَّ المراد جمع شيء كان متفرقاً ، ويؤكده قول زيد : « فتتبعتُ القرآن أجمعه ... » إلخ ، إلا أنَّ قوله : « وصدور الرجال » ، يفيد أنَّ بعض القرآن لم يكن مكتوباً في شيء ممَّا مر ذكره ، بل كان يؤخذ من صدور الرجال ، فيكون مناقضاً لما نقله من كونه مكتوباً كله في عهده ﷺ ، إلا أنَّ ابن حجر أجاب على ذلك بأنَّ الواو هنا ليست عاطفة حتَّى تكون مصادر الجمع هي الصحف وما معها ، وصدور الرجال ، بل الواو بمعنى مع ، أي أجمعه من المكتوب الموافق للمحفوظ في الصدور »[4] .

كيف يضيع إذا كان مجموعاً ؟

وقد دلَّت القصة أنَّ سبب الجمع هو خوف الضياع الذي يحصل بقتل

---

(١) فتح الباري جـ١ ص٨ .

(٢) العسب جمع عسيب ، وهو جريد النخل ، واللخاف هي الحجارة الرقاق ، وورد في بعض الروايات : الرقاع جمع رقعة : قطعة ورق أو جلد . الفتح جـ٩ ص١٠ ، ١١ .

(٣) فتح الباري جـ٩ ص٩ .

(٤) المرجع السابق جـ٩ ص١١ .

القراء، لقوله: «أخشى أن يستحرَّ القتل في جميع المواطن فيضيع قرآن كثير».

ولقائل أن يقول: إنَّ القرآن إذا كان مكتوباً كله في الرقاع والعسب... إلخ على ما مَرَّ عن ابن حجر فلا يضيع بكثرة القتل في القراء؛ لأنَّه وإن انعدم حفظته فلم ينعدم القرآن، لأنَّه موجود في مواضعه التي كتب فيها.

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنَّ القرآن مصادر حفظه اثنان: كتابته في الرقاع وما معها، وحفظه في صدور الرجال. فإذا ذهبت حفظته فلم يبق له إلا مصدر واحد هو المكتوب منه، والمكتوب عرضة للضياع لتفرقه وعدم اجتماعه، فإذا ضاع منه شيء فقد ضاع بعض القرآن، ولا سبيل لتلافي ما يضيع من المكتوب إذا ذهب الحفظة، فكان في جمعه حفظه وعدم ضياعه.

ولعَلَّ هذا يؤخذ من كلام السفاقسي: فكان جمع أبي بكر القرآن خوف ذهاب شيء من القرآن بذهاب حملته، إذ أنَّه لم يكن مجموعاً في موضع واحد[1].

فدلَّ كلامه على أنَّ ذهاب الحفظة قد يؤدِّي إلى ذهاب القرآن، ثم علل ذهابه بذهاب حملته بعدم جمعه في موضع واحد، فلو كان مجموعاً في موضع واحد لما ذهب بذهاب حملته، وليس مراده أنَّه يضيع بضياع الحملة؛ لأنَّه لم يكن مكتوباً أو أنَّ بعضه لم يكن مكتوباً فيضيع لذلك بضياع الحفظة.

---

(١) انظر: القسطلاني بهامش النووي على مسلم جـ٧ ص ٤٤٩.

أو أنَّ ضياع القرآن بضياع حملته لا من حيث إنَّهم الحفظة فيضيع بضياعهم ، بل من وجه آخر هو أنَّ بعض الحفظة الذين قتلوا قد يكون معهم شيء من المكتوب عن النَّبيِّ ﷺ فإذا مات فربما لا يهتدى لما معه فيضيع لبعض المكتوب لذلك .

ويؤيِّدُ هذا ما روي في الفتح أنَّ عمر سأل عن آية من كتاب الله ، فقيل : كانت مع فلان فقتل يوم اليمامة ، فقال : إنَّا لله ، وأمر بجمع القرآن [1] .

دليل هذا الجمع المصلحة المرسلة :

لقد ثبت بما قَدَّمْنَاه : أنَّ القرآن كله مكتوب في عهد النبوة ، وأنَّ الذي صنعه الصحابة في عهد الصديق هو جمع ما تفرق منه عند الناس في الصحف والعسب والرقاع ، وجعله في مكان واحد ، قال في فتح الباري : قام عمر - رضي الله عنه - فقال : من كان تلقى عن رسول الله ﷺ شيئاً من القرآن فليأت به ، وكانوا يكتبون ذلك في الصحف والألواح والعسب ، قال : وكان لا يقبل من أحد شيئاً حتَّى يشهد شاهدان . قال - أي صاحب الفتح - : وهذا يدلُّ على أنَّ زيداً لا يكتفي بمجرد وجوده مكتوباً حتَّى يشهد به من تلقاه سماعاً [2] .

كما ظهر مما تقَدَّم أنَّ السبب الذي دعاهم لذلك هو خوف ضياع القرآن ، وبينا فيما تقَدَّم وجه ضياعه إذا لم يجمع ، فإذاً ما وجه كون هذا الفعل دليله المصلحة المرسلة ؟

---

(١) فتح الباري على البخاري جـ٩ ص ٩ .
(٢) فتح الباري جـ٩ ص١١ .

ويمكن أن نأخذ أنَّ الدليل في هذه المسألة : المصلحة المرسلة من قول أبي بكر الصِّدِّيق وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما- : كيف نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ .

وبيان ذلك : أنَّهما نفيا أن يكون الرسول عليه الصَّلاة والسَّلام فعل ذلك - أي جمع القرآن - ، كما أنَّه يفهم من كلامهما أنَّه ﷺ لم يصدر منه منع لذلك ، ولو صدر منه لاقتضى ذلك أن يقولا : كيف نفعل شيئاً منع منه ﷺ ؟

ففهم من هذا أنَّه ﷺ لم يحصل منه في شأن جمع القرآن إذن في الجمع ولا منع منه ، أي لم يصدر بشأن ذلك دليل خاص يفيد الإذن ، وهذا هو معنى المصلحة المرسلة .

وقد جاء التصريح في القصة بأنَّهم لم يفعلوا ذلك لدليل خاص ثبت عندهم ، وإنَّمَا تمسكوا في ذلك بمطلق المصلحة ، فلذلك قال سيدنا عمر منبهاً لسيدنا أبي بكر على المصلحة بقوله : هو والله خير فأطلقا على الجمع بأنَّه خير ، لأنَّه مؤدٍّ إلى الخير ، وهو الحفظ من الضياع ، ولو كان لديهم دليل خاص في هذا الأمر لاستندوا في جمعهم له ، ولم يتعلقوا بمطلق كونه خيراً ، على أنَّ في اقتناع كل من أبي بكر وزيد - رضي الله عنهما - بكون هذا الأمر فيه خير ، أكبر دليل على أنَّ ما لم يرد فيه دليل خاص من الشَّرع ، وكان فيه مصلحة يجوز فعله .

فأشار كل من سيدنا أبي بكر وعمر إلى أنَّ مدركها في هذه القضية هو المصلحة والخير المترتب على الجمع ، ووافقهما على ذلك زيد - رضي الله عنه - .

فظهر من هذا أنَّ الجمع فعل لم يرد فيه إذن ولا منع بدليل خاص ، وأنَّ الدليل عليه ما فيه من مصلحة .

ما يؤيد هذا الاستنباط من كلام الأئمة :

قال ابن بطال[1] : « إنَّمَا نفر أبو بكر أولاً ، ثُمَّ زيد بن ثابت ثانياً ، لأنَّهما لم يجدا رسول الله ﷺ فعله ، فكرها أن يجعلا أنفسهما محل من يزيد احتياطه للدِّين على احتياط الرسول ﷺ ، فلما نبههما عمر على فائدة ذلك وأنَّه خشية أن يتغير الحال في المستقبل إذا لم يجمع القرآن فيصير إلى حالة الخفاء بعد الشهرة رجعا إليه » [2] .

وقال ابن حجر معترضاً على ابن بطال في قوله : إن أبا بكر وزيداً - رضي الله عنهما - رأيا ذلك من زيادة الاحتياط على احتياط الرسول ﷺ ، ومشيراً إلى مأخذ هذا الحكم وهو القواعد العامة الدالة على المصلحة المرسلة ، وليس من الأدلة الجزئية ، بقوله : وليس ذلك من الزيادة على احتياط الرسول ﷺ ، بل هو مستمد من القواعد التي مهدها الرسول ﷺ [3] .

وقال ابن بطال في توجيه هذه القصة : وأنَّ الدليل فيها ليس دليلاً

---

(١) هو المحدِّث الثقة والفقيه المتقن أبو الحسن علي بن خلف بن بطال البكري الأندلسي المالكي ، كان من أهل العلم والمعرفة والفهم ، اعتنى بالحديث العناية التامة ، ألف شرح البخاري ، توفي سنة (٤٤٤ هـ) . انظر : الأبحاث السامية ص ٢٤٠ .

(٢) فتح الباري جـ٩ ص ١٠ .

(٣) المصدر السابق جـ٩ ص ١٠ .

خاصاً يفيد جواز الجمع ، كما أنَّه ليس هناك دليل خاص ينبىء عن منعه وتحريمه ، وإنَّمَا الذي دلَّ على جواز هذا الجمع الذي قدم عليه الصحابة هو ما ترتب على الفعل من فائدة ، فقال مستنبطاً من هذه القصة هذا المعنى : ودلَّ ذلك (أي امتناع أبي بكر وزيد - رضي الله عنهما - من الفعل) أنَّ فعل الرسول ﷺ إذا تجرد عن القرائن وكذا تركه ، لا يدلُّ على وجوب ولا تحريم[1] .

ومعنى هذا أنَّ فعله المجرد لا يدلّ على الوجوب ، ولا تركه المجرد عن القرائن يدلُّ على التحريم ، والذي معنا هو الترك ؛ لأنَّه عليه السَّلام لم يجمع القرآن ، فأخذ من تجويزهم للجمع أنَّ الترك للفعل منه ﷺ لا يدلّ على المنع من الفعل .

ويقول ابن الباقلاني : وقد فهم عمر أنَّ ترك النَّبيِّ ﷺ جمعه لا دلالة فيه على المنع ، ورجع إليه أبو بكر لما رأى وجه الإصابة في ذلك[2] .

كما قد أشار ابن حجر إلى أنَّ فعلهم لم يكن له سابقة يستند إليها ، وإنَّمَا هو اجتهاد سائغ ناشىء عن النصح منهم لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم[3] .

فأفاد كلامه عدم وجود دليل معين ، وأنَّ ذلك اجتهاد وإن لم يعين نوعه ، إلا أنَّ قوله : « ناشىء عن النصح ... » إلخ ، يدلُّ على أنَّ مثل هذا

---

(١) فتح الباري جـ٩ ص ١٠ .
(٢) المصدر السابق جـ٩ ص ١٩ .
(٣) المصدر السابق جـ٩ ص ٩ .

مما يدخل تحت كليات الشَّريعة وقواعدها العامة ، مثل : « الدِّين النصيحة لله ولرسوله ... » الحديث [1] ، فهو معنى جامع لمصالح الدنيا والآخرة .

ويقول القرافي : وممَّا يؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أنَّ الصحابة - رضوان الله عليهم - عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار ، نحو كتابة المصحف ، ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير [2] .

وقال : إنَّ الصحابة - رضوان الله عليهم - جددوا أموراً بالمصالح المرسلة وأجمعوا عليها ... منها : جمع القرآن [3] ، ويقول الشَّاطبي : إنَّ الصحابة اتفقوا على جمع المصحف ، وليس ثم نص على جمعه ... بل قد قال بعضهم : كيف نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ [4] .

ثُمَّ قال : ولم يرد نص عن النَّبيِّ ﷺ بما صنعوا من ذلك ، ولكنهم رأوه مصلحة تناسب تصرفات الشَّرع قطعاً ، فإنَّ ذلك راجع إلى حفظ الشَّريعة ، والأمر بحفظها معلوم [5] .

هذا المثال من أمثلة المصلحة :

ولما كان جمع القرآن بعد ما كان متفرقاً لم يرد دليل خاص بالأمر به ، كما لم يرد دليل يظهر منه معارضة هذا الجمع حتى نخصه بالمصلحة ، لما

---

(١) أخرجه مسلم بتقديم الكتاب على الرسول ، انظر : جـ١ ص ٧٤ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

(٢) شرح تنقيح الفصول ص ١٩٩ .

(٣) نفائس الأصول جـ٣ ص ٢٠٠ .

(٤) الاعتصام جـ٢ ص ٢٨٧ .

(٥) المصدر السابق جـ٢ ص٢٩٠ .

كان ذلك كذلك رأينا أن نجعل هذا المثال من المصلحة المرسلة ، وليس من قبيل الاستحسان أو المصلحة التي تظهر معارضتها للأدلة .

نوع هذه المصلحة والمذاهب فيها :

أمَّا نوع هذه المصلحة فهي مصلحة ضرورية ، لأنَّه يترتب على عدم الأخذ بها ضياع أمر ضروري من الضروريات الخمس وهو الدِّين ، إذ حفظ الدِّين بحفظ كتابه المنزل على الرسول عليه الصَّلاة والسَّلام ، فضياعه أو ضياع بعضه الذي يحصل بسبب عدم الجمع يؤدِّي إلى فوات مصلحة ضرورية ، فإذاً الجمع المؤدِّي إلى حفظ الضروري يجوز بناءً على هذه المصلحة عند جميع القائلين بالاستصلاح ، كانوا ممن أطلقوا القول به أو ممن فصلوا في ذلك .

أمَّا من لم يقل بالمصلحة رأساً فهذه المصلحة عنده غير شرعية ، ولا يجوز تحصيلها ، لأنَّ المصالح عندهم لا تحصل إلا عن طريق النصوص والإجماعات فقط كما هو مذهب الظاهرية ، أو ذلك مع القياس كما هو مذهب القاضي وأتباعه المثبتين للقياس .

وهذا الذي قلناه عن القاضي الباقلاني بناء على ما قَدَّمْنَاه من أنَّ القاضي يرد المصلحة مطلقاً في جميع أحوالها وأنواعها ، فمقتضاه رد هذه المصلحة .

تحقيق مذهب القاضي في ذلك :

قلنا : إنَّ مقتضى نقل الأصوليين عنه أنَّه لا يقول بمثل المصلحة المستدل بها على جواز جمع القرآن [1] ، وقد ثبت إجماع الصحابة على هذه القضية كما مَرَّ عن القرافي والشَّاطبي ، وكما سبق عن غير واحد تصريحاً وتلميحاً ، إنَّ مستند هذا الإجماع المصلحة المرسلة ، فحينئذ ما موقف القاضي ومن ذهب مذهبه من المصلحة في هذه القضية ؟ .

والذي يظهر لي أنَّهم إمَّا أن ينكروا الإجماع على هذا ، ويقولوا : إنَّه لم يحصل اتفاق ، فيكون هذا اجتهاد من بعضهم - أي الصحابة - ، وهو يحتمل الخطأ والصواب ككل اجتهاد ، أو يعترفوا به ولكن لا يسلمون أنَّ سنده المصلحة ، وإنَّمَا هو دليل من الأدلة المسلمة عندهم ، أو يعترفوا بأنَّ دليله المصلحة فيكون في هذا رجوع منهم عن مذهبهم ، ويكون ما نقل عنهم من منعهم القول بالمصلحة قول غير محرر .

فالاحتمال الأول باطل ؛ لأنَّه لم ينقل أنَّ أحداً من الصحابة خالف في هذا الأمر ، واستمر على مخالفته ، بل من تردد منهم أول الأمر رجع حينما بان له وجه الصواب .

والثاني من الاحتمالات باطل ، لأنَّه لو كان هناك دليل خاص لما تردد الصحابة في ذلك ، وهم أعلم النَّاس بالأدلة ودلالاتها ، فلا يظن بهم أن يغيب عنهم هذا الدليل المعين ، ويحكموا في هذه القضية بالمصلحة ، فلم

---

(١) انظر في مذهب القاضي : المنخول ص ٣٥٥ وما بعدها ، والبحر المحيط جـ٣ ص ٢٤٠ ، وحلولو على جمع الجوامع ص ٢٢٩ .

يبق إذاً إلا أن يقولوا كغيرهم : إنَّ المستند في هذا الإجماع المصلحة المرسلة، فيخالفون أصلهم الذي هو منع التمسك بالمصلحة إن صح عنهم أو يلزمهم تغليط الصحابة في هذه الفتوى المبنية على المصالح المنكرة عندهم ، أو يكون كما قَدَّمْنَا أن ما نقل عنهم لم يكن نقلاً محققاً .

موقف الباقلاني مما تَقَدَّم :

والواقف على كلام الباقلاني يظهر له أول الأمر أنَّه يرى أنَّ هذه المسألة دليلها خاص ، وليس هو المصلحة المرسلة ، وإليك كلامه في ذلك كما نقله ابن حجر ، قال ابن الباقلاني : كان الذي فعله أبو بكر من ذلك فرض كفاية ، بدلالة قوله ﷺ : « لا تكتبوا عنِّي شيئاً غير القرآن »(١) ، مع قوله تعالى : ﴿ **إنَّ علَيْنَا جَمْعَهُ وَقُرْآنَهُ** ﴾(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ **إنَّ هَذَا لَفِي الصُّحُفِ الأُولَىٰ** ﴾(٣) ، وقوله تعالى : ﴿ **رَسُولٌ مِّنَ اللَّهِ يَتْلُو صُحُفًا مُّطَهَّرَةً** ﴾(٤) .

قال : فكُلُّ أمر يرجع لإحصائه وحفظه فهو واجب على الكفاية ، ولك ذلك من النصيحة لله ولرسوله وكتابه وأئمة المسلمين وعامتهم(٥) .

فيظهر أنَّه أخذ الإذن في الجمع أو مشروعيته من النهي عن كتابة غير القرآن ، ففهم من هذا أنَّ كتابة القرآن مأذون فيها ، يضاف إلى هذا أنَّ الله تعهد بجمعه وقراءته ، كما أخذ ذلك من إخبار الله أنَّ القرآن موجود في

---

(١) أخرجه مسلم جـ٤ ص ٢٢٩٨ .

(٢) سورة القيامة : الآية ١٧ .

(٣) سورة الأعلى : الآية ١٨ .

(٤) سورة البينة : الآية ٢ .

(٥) فتح الباري جـ٩ ص ١٠ .

الصحف السَّابقة التي أنزلها الله على أنبيائه ، كذلك وصف الرسول بأنَّه يتلو صحفاً مطهرة ، والصحف مكتوبة ، فأخذ من هذه الأدلة أنَّ كل ما فيه حفظ القرآن يجب فعله، فدخل في هذا الجمع وغيره مما يؤدِّي إلى الحفظ .

مناقشة هذا الظاهر :

فإن أراد الباقلاني من الحديث : « لا تكتبوا ... » إلخ ، الاستدلال على الجمع ، فلا دلالة فيه ؛ لأنَّه إنَّمَا دلَّ على الكتابة ، والكلام إنَّمَا هو في الجمع ، وكذا الآيات لم تدل على الجمع ، غاية ما أفادته هو : أنَّ الأولى دلَّت على جمع القرآن في صدره عليه الصَّلاة والسَّلام وقراءته إياه ، والثانية والثالثة دلتا على أنَّه محفوظ في الصحف[1]، وليس هذا مفيد إفادة مباشرة لجمع القرآن من مصادره الأولى من صحف ولخاف و رقاع وعظام وترتيب سور .

فغاية ما أفادته هذه الأدلة ، أنَّ القرآن محفوظ من الزوال ، ولم تفد الإذن بجمعه بعد تفرقه وترتيب سوره .

الذي أراه مذهباً له :

والحق أنَّ الباقلاني لا يفهم من نصِّه المتقَدِّم أنَّه يرى أنَّ جمع القرآن مستدل عليه بأدلة معينة تفيد الأمر بجمعه ، وإنَّمَا تصيد الدلالة على الأمر بالجمع ، أو على فريضته على الخصوص من عدة أدلة أفادت أنَّ الله أوجب حفظ القرآن ، لأنَّه أمر بكتابته وتعهد بجمعه في صدر النَّبيِّ وقراءته له ،

---

(١) انظر : أحكام القرآن جـ٤ ص ١٨٨٢ ، ١٩١٠ ، ١٩١١ .

وأخبر أنَّه في صحف مطهرة ، وأنَّه مكتوب في صحف الأنبياء السابقين ، فكُلُّ هذه الأدلة مجتمعة أفادت طلب حفظه من الضياع .

ومما يدلُّ على أنَّ الدلالة على الجمع للقرآن مأخوذة من مجموع الأدلة لإفادتها لمعنى عام كلي يدخل فيه الجمع ، لا من كل واحد منها على انفراده - قوله : « لا تكتبوا ... » إلخ ، مع قوله : ﴿ إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُ وَقُرْآنَهُ ﴾[1] ، فأفاد الباقلاني بهذا أنَّ الدلالة على فريضة الجمع مأخوذة من عدة أدلة مجتمعة استقرئت فأفادت طلب الحفظ .

وأرى من هذا خلافاً لجميع كتاب الأصول قديماً وحديثاً أن ابن الباقلاني[2] ، قائل بالمصالح المرسلة أو على الأقل قائل بالضروري منها ، لأنَّ مثل هذا النوع من الدليل الذي ساقه لإفادة وجوب الجمع ، هو الذي تعلق به العلماء في إفادة شرعية المصالح المرسلة ، وقد تعرض لذلك الغزالي في « المستصفى »[3] ، والشَّاطبي[4] في عدة أماكن من كتابه : «الموافقات» ، وسمِّي هذا النمط من الاستدلال بالاستقراء ، أو التواتر شبه المعنوي ، وقال : إنَّه الذي يستند إليه في دلالة المصلحة المرسلة على الأحكام .

---

(١) سورة القيامة : الآية ١٧ .

(٢) الباقلاني مرت ترجمته ، ويقال له : ابن الباقلاني ، قال في شجرة النور الزكية في تراجم المالكية ، وهو يعدد تلاميذ الأبهري المالكي : إنَّ من تلاميذه ابن الباقلاني ، وكان يؤثره على غيره من التلاميذ . انظر : ص ٩١ ، وذكره في مكان آخر مجرداً من هذه الإضافة في ص ٩١ ، ٩٢ ، ١٠٣ .

(٣) انظر : المستصفى جـ١ ص ٢٩٥ ، ٣١٣ .

(٤) انظر : الموافقات جـ١ ص ٣٩ ، جـ٣ ص ٤١ ، ٢٩٨ وما بعدها جـ٤ ص ١٩٨ وما بعدها .

دلالة كلام الباقلاني على ذلك :

والدليل من كلام الباقلاني على أنَّه تعلق في هذه المسألة بالمصالح المرسلة :

أولاً : أنَّ ما أورده من أدلة لم تدل على جمع القرآن مباشرة بل بواسطة أنَّ هذه الأدلة دلت على طلب الحفظ ، ومن الحفظ جمع القرآن في مكان واحد ، فكأنها أفادت معنى كلياً هو مطلق الحفظ ، والحفظ بالجمع جزء من ذلك الكلي ، إذ الحفظ يكون بكتابته ، وبتفهمه وتفهيمه ، وبالدعوى إلى سبيله ، وما إلى ذلك مما يكثر عده .

ثانياً : أنَّه جعل هذا الجمع الذي قام به الصحابة داخلاً تحت معنى عام هو النصح في الدِّين ، فقال في هذا بعد ذكره الأدلة المتقدمة مثل قوله : «لا تكتبوا ... » إلخ ما مَرَّ ، قال بعدها : وكُلُّ ذلك من النصيحة لله ورسوله وكتابه وأئمة المسلمين وعامتهم .

ثالثاً: أنَّ هناك ما هو أصرح من هذا في قوله بالمصالح المرسلة ، ذلك أنَّه لا ينكر أنَّ الرسول عليه الصَّلاة والسَّلام لم يحصل منه أمر بجمع القرآن من الصحف لقول أبي بكر وزيد - رضي الله عنهما -: كيف نفعل شيئاً لم يفعله عليه الصَّلاة والسَّلام وإقرار عمر لهما على ذلك ، وأنَّه لم يفعله ، فهذا أمر مسلم في ظني عند الباقلاني ، فلم يبق إلا أن يذكر ابن الباقلاني أنَّ الرسول لم يمنع الجمع ، وقد جاء مصرحاً بذلك حيث قال: وقد فهم عمر أنَّ ترك النبي ﷺ جمعه لا دلالة فيه على المنع ، ورجع إليه أبو بكر لما رأى وجه الإصابة في ذلك ، وأنَّ ليس في المعقول ولا في

المنقول ما ينافيه ، وما يترتب على ترك جمعه من ضياع بعضه ، ثم تابعهما زيد بن ثابت وسائر الصحابة على تصويب ذلك (١) .

فقوله : إنَّ أبا بكر رأى أن لا معقول ولا منقول يخالف قضية الجمع مع ثبوت أنَّه عليه الصَّلاة والسَّلام لم يفعله ، يتركب منه معنى المصلحة ، وهو أنَّها لم يدلُّ عليها دليل خاص بالفعل ولا بالترك ، وهذا هو معنى المصلحة المرسلة .

هذا بالنسبة للباقلاني من نفاة المصلحة ، أمَّا غيره فلم أقف له على رأي في هذه المسألة .

فبهذا الذي قَدَّمْنَاه يتبين أنَّ الباقلاني قائل بالمصلحة المرسلة الضرورية على أقل تقدير ، وإن لم يصرِّح بذلك ، وهذا الذي رأيناه لم نر من صرح به من الأصوليين قاطبة ، بل إذا ذكر مذهب القاضي أطبقوا على منعه للمصلحة المرسلة مطلقاً ، أعني ضرورية ، أو حاجيّة ، أو تحسينية .

المسألة الثانية
التوسعة لولاة الأمر والقضاة

هذه المسألة ذكرها القرافي ، وجعلها من باب المصالح المرسلة (٢) .

وقد حصل هذا الأمر في عهد سيدنا عمر - رضي الله عنه - ، فوسع على الولاة في مأكلهم ومشربهم وملبسهم ومسكنهم ، وقد كان الأمر في الصدر الأول على خلاف ذلك ، فكان النَّاس الذين يقومون بعمل في

(١) فتح الباري جـ٩ ص ١٠ .
(٢) انظر في أمثلة هذا : نفائس الأصول للقرافي مخطوط جـ٣ ص ٢٠٠ .

الدولة الإسلامية يعطون من مال الدولة ما يكفيهم من غير زيادة في تحسين المظاهر من مأكل ومشرب ، وما إلى ذلك[1] .

ولما جاء عهد سيدنا عمر - رضي الله عنه - ، واتسعت الفتوحات وضمت الدولة الإسلامية أمماً كثيرة يختلفون في عاداتهم وأعرافهم ، وصار تعظيم الولاة والقضاه في أعين الرعية حتى يمتثلوا أمرهم - يحتاج إلى تظاهرهم بمظهر الأبهة والتفخيم الذي يتجلى في إقامة صورهم على أحسن حال من مركب ومأكل وملبس ومسكن ، حتَّى لو لم يفعلوا ذلك لصغروا في أعين رعاياهم ، فلا يسمع لهم أمر ولا نهي ، فتضيع المصالح بسبب خرق النظام ، وعدم استتباب الأمن ، فأذن لهم سيدنا عمر في ذلك رعاية لتلك المصالح .

وليس في الشَّرع دليل خاص معين يدل على الإذن في هذا الذي رآه عمر ولا المنع منه ، لأنَّ هذا الذي يظهر به الولاة والقضاة ليس مما يدخل تحت السرف والبذخ المنهي عنه حتَّى يكون داخلاً تحت النهي عن الإسراف، وإلا لكانت المصلحة حينئذ ملغاة لا مرسلة ، كما أنَّه ليس على منهاج ما كان عليه الولاة قبل ذلك ، فصار هذا التصرف منه - رضي الله عنه - تصرف بمقتضى المصلحة المرسلة . يقول القرافي في ذلك : إنَّ من البدع ما هو مندوب إليه وهو ما تناولته قواعد الندب و أدلته ... كإقامة صور الأئمة والقضاة وولاة الأمور ، بسبب أنَّ المصالح والمقاصد الشَّرعية لا تحصل إلا بعظمة الولاة في نفوس النَّاس ، وكان النَّاس معظم تعظيمهم

(١) انظر : هامش الاعتصام جـ١ ص ٢٤٧ .

إنَّمَا هو بالدِّين وسبق الهجرة ، ثُمَّ اختل النظام وجاء أناس لا يعظمون الولاة إلا بالصور فتعين تفخيم الصور حتى تحصل المصالح .

وقد كان عمر بن الخطاب يأكل خبز الشعير والملح ويفرض لعامله نصف شاة كل يوم ، لعلمه بأنَّ الحالة التي هو عليها لو عملها غيره لهان في نفوس النَّاس ولم يحترموه وتجاسروا عليه بالمخالفة . ولذلك لما قدم الشَّام وجد معاوية بن أبي سفيان قد اتخذ الحجاب ، واتخذ المراكب النفيسة ، والثياب الهائلة العلية ، وسلك ما سلكه الملوك ، فسأله عن ذلك ، فقال : إنَّا بأرض نحن محتاجون فيها لهذا ، فقال له : « لا آمرك ولا أنهاك » ، ومعناه أنت أعلم بحالك هل أنت محتاج إليه ، فدلَّ ذلك من عمر وغيره أنَّ أحوال الأئمة وولاة الأمور تختلف باختلاف الأمصار والقرون والأحوال »[1] .

وقال القرافي في نفائس الأصول في الكلام على المصالح المرسلة :

« وقد جدد الصحابة أموراً بالمصالح المرسلة ... » وذكر كثيراً منها ثم قال : « ومنها أنَّ عمر - رضي الله عنه - كان يأكل الشعير ويفرض لعامله نصف شاة »[2] .

هذا المثال مصلحة غير استحسانية :

والدليل على أنَّ هذه من المصالح المرسلة التي لم تقع موقع المعارضة للأدلة ، أنَّه لم يرد دليل من الشارع يدل ظاهره على المنع من هذه الأمور المتقَدِّمة إذا توقفت عليها المصالح ، وبالطبع لم يرد دليل خاص بالإذن فيها ،

---

(١) الاعتصام للشاطبي جـ٣ ص٢٤٧ ، ٢٤٨ .

(٢) نفائس الأصول للقرافي جـ٣ ص٢٠٠ .

فكان من قبيل المصلحة غير المخصصة للأدلة ، بل مصلحة مرسلة منشئة لحكم لم يتخيل دخوله تحت دليل من الأدلة حتَّى تأتي هي مخصصة له .

نوع المصلحة في هذا المثال :

هذا المثال اشتمل على مصالح حاجية ، وعلى مصالح تحسينية ، فالحاجية كاتخاذ المراكب الجميلة والملابس الرفيعة ، فإنَّها تورث ولي الأمر هيبة في نفوس الناس فيطيعون أمره ، ولذلك قال القرافي : « فاحتاج إلى أن يضع غيره في صورة أخرى تحفظ النظام » ، وقال معاوية : « إنَّا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا » .

وليس هذا فيما يبدو أمراً ضرورياً حتَّى لو لم يعمل لضاع ضروري من الضروريات الخمسة المعلومة ، إذ يمكن لولي الأمر ألا يظهر بهذه المظاهر ويتخذ من الطرق ما يخضع به الرعية لأوامره وتعظيم شأنه ، إلا أنَّ مثل هذا أنسب لحسن معاملة النَّاس ، وعدم إرهاقهم بالسبل الأخرى الموجبة لزجرهم ، فطالما كان في هذا حصول المطلوب من إذعان الرعايا للولاة ، فلا داعي للتشديد بالقيام بأمر آخر .

أمَّا المصلحة التحسينية فهي كفرض نصف شاة للعامل وغير ذلك مما فيه تحسين وتزيين وزيادة على الحاجة ، فإنَّ العامل يمكنه أن تسد حاجته بأقل بكثير من نصف شاة .

والقرافي حينما مثل بهذا المثال مراده به : أنَّ في هذا زيادة على الحاجة ، فهو تحسين وتزيين في التوسع في المأكل ، ولهذا بعد ما ذكر القرافي كثيراً من الأمثلة : بعضها ضروري كجمع القرآن ، وبعضها حاجي كالأذان الآتي ، وذكر مثال فرض الشاة للعامل قال : وهذا يفيد

اعتبار المصالح المرسلة مطلقاً كانت في موطن الضروريات أو الحاجات أو التتمات »[1].

ولذا لو كان العامل له عائلة كبيرة يعولها بحيث يكون نصف الشاة هو مقدار سد حاجتهم لخرج المثال عن المصلحة التحسينية إلى الحاجية ، والقرافي إنَّمَا يقصد الحالة التي يكون فيها فرض نصف الشاة زائداً على الحاجة ، وفيه توسعة وترفيه لا يصل إلى حد الإسراف والبذخ .

وبناء على هذا فلا يرد على القرافي اعتراض الشَّاطبي ، وهو قوله : «وما قاله من أنَّ عمر كان يأكل خبز الشَّعير ويفرض لعامله نصف شاة ، فليس فيه تفخيم صورة الإمامة ولا عدمه ، بل فرض له ما يحتاج إليه خاصة ، وإلا فنصف الشاة لبعض العمال قد لا يكفيه لكثرة عياله » ، فهو غير وارد عليه لأنَّه لا يريد مثل هذه الصورة .

وأمَّا قوله : « فليس فيه تفخيم ... » إلخ ، فلو سلم له فإنَّ القرافي لم يورد ما أورده من أمثلة على أساس أنَّ جميعها فيه تفخيم لصورة الإمامة ، وإنَّمَا أورد هذه الأمثلة من حيث كونها مبدعة لم يسبق لها حكم ومثال ، فذكر ما يحصل به التفخيم وغيره .

المذاهب في مثل هذه المصلحة :

بالنسبة لما اشتمل عليه هذا المثال من مصالح حاجية ، فيقتضي الأمر أنَّها مقول بها عند جميع من يقولون بالمصالح إلا الغزالي في مستصفاه ، فلا يقول بها لاشتراطه في المصلحة كونها ضرورية ، أمَّا بالنسبة للمصلحة

---

(١) نفائس الأصول جـ٣ ص٢٠٠ .

التحسينية فمقتضى ما قَدَّمْنَاه في ذكر المذاهب أنها مأخوذ بها إلا عند الغزالي في كتابيه : الشفاء والمستصفى .

أمَّا بالنسبة لمن لا يقولون بالمصلحة فكلتا المصلحتين مرفوضتان عندهم . والله أعلم .

المسألة الثالثة

أذان الزوراء

مما جاء مخرجاً على هذا الأصل أذان الزوراء يوم الجمعة ، فقد أمر سيدنا عثمان أن يؤذن في يوم الجمعة أذان بالزوراء عند زوال الشمس ، فإذا جلس الخطيب على المنبر أذن الأذان المعتاد . فهذا الأذان الذي يؤذن في ذلك الموضع المسمى بالزوراء لم يكن في عهده ﷺ ولا في عهد صاحبيه أبي بكر وعمر ، إنَّمَا هو أمر زاده سيدنا عثمان حينما رأى الحاجة داعية إليه في عهده ، ذلك أن الناس كانوا في الزمن الأول يكفي لإعلامهم أذان واحد هو الذي يفعل عند صعود الإمام المنبر ، فحينما كثر النَّاس واتسع العمران صار لا بد لكي يعلموا بوقت الصَّلاة من أذان يبلغ أسماعهم ، فأمر سيدنا عثمان بالأذان بالزوراء ليعلم النَّاس بدخول وقت الصَّلاة .

روى البخاري قال : « كان النداء يوم الجمعة أوله إذا جلس الإمام على المنبر على عهد النَّبيِّ ﷺ وأبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - فلمَّا كان عثمان - رضي الله عنه - وكثر النَّاس ، زاد النداء الثالث على الزوراء» (١) .

---

(١) قال البخاري : الزوراء ، موضع بالسوق بالمدينة وهو المعتمد . انظر : البخاري كتاب الجمعة ، باب الأذان يوم الجمعة بهامش الفتح والفتح جـ ٢ ص٥٠١ .

وقال (أي البخاري) : إنَّ الذي زاد التأذين الثالث يوم الجمعة عثمان بن عفان -رضي الله عنه- حين كثر أهل المدينة، ولم يكن للنبي ﷺ مؤذن غير واحد، وكان التأذين يوم الجمعة حين يجلس الإمام، يعني : على المنبر»[1] .

وجعل الأذان ثالثاً مع أنَّه ثانياً لعده الإقامة مع الأذانين ، قال في الفتح: « جعله ثالثاً بالإقامة »[2] . لأنَّها أيضاً فيها إعلام بالصَّلاة . ويقول ابن رشد في ذلك : « كان رسول الله ﷺ إذا زالت الشمس خرج فرقى المنبر ، فإذا رآه المؤذنون - وكانوا ثلاثة - قاموا فأذنوا في المشرفية واحداً بعد واحد ، كما يؤذن في غير الجمعة ، فإذا فرغوا أخذ رسول الله ﷺ في خطبته، ثُمَّ تلاه أبو بكر وعمر -رضي الله عنهما-، فزاد عثمان -رضي الله عنه - لما كثر النَّاس أذاناً بالزوراءعند زوال الشمس ، يؤذن النَّاس فيه بذلك أنَّ الصَّلاة قد حضرت ، وترك الأذان في المشرفية بعد جلوسه على المنبر على ما كان عليه »[3] .

ما وجه المصلحة في هذا المثال :

قد علم مما مَرَّ عن ابن رشد أنَّ الجمعة لم يكن لها في عهده ﷺ أذانان، وإنَّمَا لها أذان واحد كغيرها من الصلوات عدا الصبح ، وهكذا كان الأمر في عهد صاحبيه - رضي الله عنهما -، ولم يرد عنه ﷺ دليل خاص يدلُّ على جواز إحداث أذان زيادة على ما كان ، كما لم يرد عنه دليل يمنع من ذلك .

---

(١) البخاري جـ١ ص١١٩ ، المطبعة الأميرية .
(٢) انظر : فتح الباري جـ٣ ص٤٤ مطبعة الحلبي .
(٣) انظر : الاعتصام جـ٢ ص١٤٦ ، ١٤٧ .

ولو رجعنا للمعنى المعقول للأذان لوجدنا المقصود منه الإعلام بدخول وقت الصَّلاة ، وفي هذا الأذان الذي زاده سيدنا عثمان قيام بهذا المقصود، وفاءً بذلك المعنى الذي من أجله شرع الأذان مع قيام الحاجة إلى ذلك هو كثرة النَّاس ، وعدم سماعهم للأذان الذي يفعل على المنارة . فكان هذا الأذان غير مأذون فيه بدليل خاص ، كما أنَّه لم يرد ما يمنعه ، وهناك حاجة إلى فعله ، ويترتب على فعله مصلحة ، وهي علم النَّاس بدخول وقت صلاتهم ، فكان في هذا مصلحة لم يرد فيها إذن ولا منع ، وما ذاك إلا المصلحة المرسلة .

يقول الشَّاطبي مبيناً لهذا الأذان وأنَّه ليس مما ابتدع في الشَّرع ، بل له أصل شرعي يستند إليه : « ... أنَّ أذان الزوراء وضع هناك على أصله من الإعلام بوقت الصَّلاة ، وجعله بذلك الموضع لأنَّه لم يكن ليسمع إذا وضع بالمسجد كما كان في زمان من قبله ، فصارت كائنة أخرى لم تكن فيما تقَدَّم ، فاجتهد لها كسائر مسائل الاجتهاد ، و حينما كان مقصود الأذان الإعلام فهو باق كما كان »، ثُمَّ قال : « فهو الملائم من أقسام المناسب »[(١)] .

فالذي تجدد في أمر الأذان أمور :

أولاً : جعل أذانين للجمعة بدل واحد .

ثانياً : تأخير ما كان يفعل في عهد النَّبيِّ ﷺ عن وقته ، وهو أول الزوال ، وجعل الثاني المتجدد مكانه .

ثالثاً : تأخير وقت الخطبة عما كان في عهده ﷺ ، إذ كانت تفعل عند

---

(١) الاعتصام جـ٢ ص ١٤٨ .

الأذان الذي يكون عند دخول الوقت ، فصارت تؤخر للأذان الثاني الذي يحصل بعد أذان الزوراء وبينهما برهة .

يقول ابن العربي : « ثُمَّ زاد عثمان أذاناً ثانياً على الزوراء حين كثر النَّاس بالمدينة ، فإذا سمعوا أقبلوا حتَّى إذا جلس عثمان على المنبر أذَّن مؤذن رسول الله ﷺ ، ثُمَّ يخطب عثمان »[1] ، فأفاد كلام ابن العربي أنَّ النَّاس يأتون إلى الجامع عند سماع الأول ، ثُمَّ يأتي سيدنا عثمان فيجلس على المنبر فيؤذن الأذان الذي في عهده ، فيحصل بين الأذانين تراخ .

ما دليل هذا الأذان ؟

لقد قَدَّمْنَا أنَّ هذا الأذان دليل جوازه المصلحة المرسلة ، وممن ذهب إلى هذا القرافي ، فقد قال في شرحه : « نفائس الأصول لكتاب المحصول » وهو يذكر مسائل جاءت مخرجة على المصالح المرسلة : « ومنها : جعل أذانين في زمان عثمان - رضي الله عنه - »[2] ، كما ذكر ذلك أيضاً في شرح تنقيح الفصول حيث قال : « ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أنَّ الصحابة - رضوان الله عليهم - عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار » ، ثُمَّ ذكر كثيراً من ذلك إلى أن قال : « وتجديد الأذان في الجمعة بالسوق ، وهو الأذان الأول فعله عثمان - رضي الله عنه - ثُمَّ نقله هشام إلى المسجد »[3] .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي جـ٤ ص ١٧٩١ .

(٢) جـ٣ ص ٢٠٠ .

(٣) شرح تنقيح الفصول ص ١٩٩ .

وقال به من المحدَثين الشيخ خلاف في كتابه : مصادر التشريع الإسلامي حيث قال : « وتجديد عثمان أذاناً ثانياً لصلاة الجمعة لما كثر المسلمون ، ولم يكف الأذان بين يدي الخطيب لإعلامهم »[1] .

فقول القرافي : « إنَّ الصحابة عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار » ، صريح في أنَّ دليل الأذان هو المصلحة المرسلة ، ولا يوجد دليل خاص من نص أو قياس يدلُّ عليه ، وكذلك قوله في نفائس الأصول قبل النص المتَقَدِّم : « إنَّ الصحابة رضي الله عنهم جددوا أموراً بالمصالح المرسلة وأجمعوا عليها » ، وفي هذا النص دليل آخر ، وهو الإجماع على تلك الأمور التي جددوها ، وسند هذا الإجماع المصلحة المرسلة كما يفهم من كلام القرافي ، إذ قوله : وأجمعوا عليها كالمترتب ، أو مترتب على قوله : « جددوا أموراً بالمصالح » ، فكأنَّه قال : جددوا أموراً حكموا فيها بالمصلحة ، وكان هذا الحكم مجمعاً عليه فيما بينهم .

وجه كون هذا المثال من المصلحة:

لم يذكر القرافي ، ولا الشيخ خلاف وجه دخول هذا المثال في المصلحة المرسلة ، وإنَّمَا بيَّنا كونه من أمثلة المصلحة المرسلة فقط .

ولعَلَّ وجه ذلك كما قَدَّمْنَا أنَّ الشَّارع لم يرد عنه دليل في حالة ما إذا كان النَّاس لا يسمعون نداء الصَّلاة الذي يفعل على المنارة أو قرب المسجد، كما أنَّه لم يرد عن الشَّرع ما يمنع ذلك ، وحلت بالنَّاس حاجة إلى العلم بدخول وقت الصَّلاة، فجاز إحداث الأذان الأول دفعاً لهذه الحاجة ،

---

(١) مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص ٨٨ .

فكان في هذا مصلحة ، وهو علم النَّاس بدخول وقت الصَّلاة ، ليؤدوا فرضها فتحصل لهم المصلحة الدنيوية والأخروية .

رأي ابن حجر في دليل الأذان :

بينما يرى القرافي ومن وافقه الأذان فعلاً من الأفعال التي دليلها المصلحة المرسلة ، ولا دليل خاص يدلُّ عليها ، يرى العلامة ابن حجر في فتح الباري أنَّ هذه الحادثة حادثة اجتهد فيها كغيرها من الحوادث ، وأنَّ هذا الاجتهاد مبناه القياس لا المصلحة المرسلة كما صنع القرافي وغيره .

يقول ابن حجر : « وتبيَّن بما مضى أنَّ عثمان أحدثه لإعلام النَّاس بدخول وقت الصَّلاة قياساً على بقية الصَّلاة ، فألحق الجمعة بها ، وأبقى خصوصيتها بالأذان بين يدي الخطيب »[1] .

فأفاد قوله : « أحدثه لإعلام النَّاس قياساً على بقية الصَّلاة ... » إلخ ، أنَّ هذا الأذان أجازه سيدنا عثمان بطريق القياس لا بطريق المصلحة المرسلة، وأنَّ هذا القياس أركانه هي : أذان الزوراء وهو فرع ، وبقية الصَّلاة وهي أصل مقيس عليه على ما يفيده كلامه ، والعلة المشتركة بينهما هي إعلام النَّاس بدخول وقت الصَّلاة ، ولم يصرح بالحكم وهو جواز إحداث الأذان، وهو ظاهر ، هذا ما يفيده بعض كلامه ، وأفاد بعضه الآخر ، وهو قوله : « فألحق الجمعة بها » ، أنَّ القياس معقود بين صلاة الجمعة وغيرها من بقية الصَّلاة .

---

(١) فتح الباري جـ٢ ص ٢٦٨ ط الخشاب .

نظرة في كلام ابن حجر :

وكلام ابن حجر يقتضي أن يكون القياس هو إلحاق أذان الزوراء ببقية الصَّلاة ، وهو غير ظاهر ، فلَعَلَّ الكلام على حذف مضاف ، وأصله أذان الزوراء كأذان بقية الصلوات بجامع الإعلام بدخول وقت الصَّلاة في كُلٍّ ، وحكم أذان الصَّلاة الأذان فيه ، فكذا ما قيس عليه .

وعلى ما فهم من آخر كلامه يكون القياس عبارة عن : إلحاق الجمعة ببقية الصَّلوات ، فيحتمل أن يريد من ذلك إلحاق أذان كل منهما بالآخر ، فيكون موافقاً لما قَدَّمْنَاه سابقاً ، ويحتمل أن يكون مراده : أنَّ الجمعة كالصَّلوات بجامع أنَّ كُلاًّ منهما يحتاج إلى الإعلام به ، والإعلام بالأذان في بقية الصلوات مطلوب ، فكذا في الجمعة حينما دعت إليه الحاجة بسبب كثرة سكان أهل المدينة .

والخلاصة من هذا أنَّ ابن حجر يرى الدليل : القياس لا المصلحة ، ويظهر منه أنَّه يريد القياس المعلوم ، وهو ما له فرع وأصل وعلة وحكم أصل ، لا القياس المرسل ؛ لأنَّ اللفظ لا ينصرف إليه عند الإطلاق ، وهو ما يسمَّى بقياس المعنى كما ذكر ذلك الغزالي(١) .

رأي الشَّاطبي في دليل الأذان :

لقد قال الشَّاطبي : « إنَّ أذان الزوراء وضع هنالك على أصله من الإعلام بوقت الصَّلاة ، وجعله بذلك الموضع لأنَّه لم يكن ليسمع إذا وضع بالمسجد كما كان في زمان من قبله ، فصارت كائنة أخرى لم تكن فيما تَقَدَّم ،

---

(١) انظر : المنخول ص ٣٥٣ .

فاجتهد لها كسائر مسائل الاجتهاد ، وحين كان مقصود الأذان الإعلام ، فهو باق كما كان » ، ثُمَّ قال : « فهو الملائم من أقسام المناسب »[1] .

فأشار بقوله : « فهو إلى أمر الأذان وأنَّه من باب الملائم من أقسام المناسب»، وفي قوله : « الملائم من أقسام المناسب » إجمال ، وذلك أنَّ المناسب لفظ مشترك بين المناسب بمعنى الوصف الذي شهد الشرع له بالاعتبار ، وهو الذي يستند إليه في القياس كما تقدم تفصيله ، كما يطلق على المناسب المرسل الذي يعبر به تارة عن المصالح المرسلة ، والمناسب في الموضعين يوصف بالملاءمة فيقال : مناسب ملائم .

فعبارة أبي إسحاق يحتمل أن يراد بها ملائم المناسب الأول ، ويحتمل أن يراد بها ملائم المناسب الثاني ، فإن حملت على الأول يكون قد وافق ابن حجر ، وإن حملت على الثاني يكون موافقاً للقرافي ومن معه . هذا ولقائل أن يقول : إنَّ الذي ينبغي أن يرجح في هذا الموضوع أن يكون مراداً بها المناسب قسيم المرسل الذي هو حجة في القياس كما تقَدَّم ، لا المناسب المرسل لأنَّ الأصوليين لا يطلقون المناسب بهذا المعنى إلا مقيداً بقيد الإرسال ، وحيث أطلق الشَّاطبي هنا حمل كلامه على ما هو مألوف عند الأصوليين ، وهو المناسب الذي هو حجة في القياس.

فبناء على هذا يكون حمل كلام الشَّاطبي على ما يوافق ما ذهب إليه ابن حجر ، أرجح من حمله على ما ذهب إليه الفارقي .

---

(١) الاعتصام جـ٢ ص ١٤٨ .

المختار من الاحتمالين:

إلا أنَّ الذي أختاره هو رجحان أنَّ المناسب الملائم هنا ، يقصد منه المناسب الذي هو ملائم المرسل لأمرين:

أولهما: أنَّ اصطلاح تقسيم المناسب المعتبر إلى ملائم وغيره ، هو اصطلاح لطائفة من الأصوليين: كابن الحاجب ومن سار على سيره ، فليس عاماً شائعاً بين جميع الأصوليين حتى يحمل عليه كلام الشَّاطبي ، وغير هذه الطائفة يجعل المناسب معتبراً وملغى ومرسلاً.

ثانيهما: أنَّ كلام الشَّاطبي في مبحث المصالح المرسلة يؤيد القول بحمل المناسب هنا على المناسب المرسل ، وذلك أنَّه قسم المناسب إلى ثلاثة أقسام: معتبر ، وملغى ، ومرسل. وهذا الثالث قسمه إلى قسمين: مناسب غير ملائم ، ومناسب ملائم. وإليك نصُّه قال: « المعنى المناسب الذي يربط به الحكم لا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشهد الشرع بقبوله ، فلا إشكال في صحته ، ولا خلاف في إعماله.

والثاني: ما شهد الشَّرع بردِّه فلا سبيل إلى قبوله.

الثالث: ما سكتت عنه الشواهد الخاصة ، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه ، فهذا على وجهين:

أحدهما: ألا يرد نص على وفق ذلك المعنى ، ولا عهد به في تصرفات الشَّرع ولا بملائمها بحيث يوجد له جنس معتبر ، فلا يصح

التعليل به ولا بناء الحكم عليه باتفاق ، ومثل هذا تشريع من القائل به ، فلا يمكن قبوله .

والثاني : أن يلائم تصرفات الشَّرع ... إلخ[1] .

فصنيعه هذا دلَّ على أنَّ المناسب المعتبر بجميع أقسامه التي ذكرها ابن الحاجب صنف واحد عنده ، وأنَّ المناسب المرسل له صنفان : غير ملائم وهو مردود ، وملائم وهو المصالح المرسلة .

فهذا الذي قَدَّمْنَاه عنه يرجح حمل كلامه السابق على المناسب المعتبر ، ذلك لأنَّه قال : ملائم المناسب ، ففهم منه أنَّ المناسب هذا هو مناسب المرسل ، لأنَّه هو الذي يوصف بالملائمة عنده دون المناسب المعتبر الذي هو من القياس ، فلم يقسمه إلى ملائم وغيره ، ولأجل هذا أوردنا نص الشَّاطبي في أول المبحث مستدلين به على أنَّ مسألة الأذان من باب المصالح المرسلة .

أيهما هو الدليل ؟

كُلُّ الذي قَدَّمْنَاه هو ذكر هذه المسألة ، ووجه اندراجها في هذا الأصل : المصالح المرسلة ، وجلب كلام من قال بذلك ، وتخريجها على دليل القياس ، ومن قال بذلك ، ووجه هذا التخريج .

والذي نريد أن نعالجه هنا هو أي الرأيين أولى باندراج هذه المسألة تحت دليله ؟ أهو قول من يجعل أصلها المصالح ، أم من يقول أصلها القياس؟

(١) الاعتصام جـ٢ ص ٢٨٣ وما بعدها .

والذي يظهر لذهني الفاتر ورأيي القاصر اندراجها تحت أصل القياس لا تحت أصل المصلحــة ، ذلك لأنَّ الجــامع بين الفــرع الذي هـو الأذان المستحدث في عـهد سيدنا عثمـان - رضي الله عنه - وبين الأصل الذي هو أذان الصلوات هو الإعلام ، فيكون بينهـمـا اشتـراك في نوع العلة ، لأنَّ الإعلام ذو حقيقة واحدة لها أفراد متعددة ، منها : إعلام أذان الصبح مثلاً، ومنها : إعلام أذان الزوراء ، وقد تقَدَّم لنا في التمهيد أنَّ الفرع والأصل إذا اشتركا في نوع العلة يكون ذلك من قبيل القياس بل من أعلى أنواعه ، لا من قبيل المصلحة .

أمَّا المصلحة المرسلة فلا يكون الاشتراك بين الحادثة المحكوم فيها بالمصلحة والدليل الكلي إلا في الأجناس العالية البعيدة ، وحيث إنَّ هذا لم يتأت هنا ، قلنا : إنَّ حملها على القياس هنا أولى من حملها على المصالح المرسلة حسبما ظهر لي .

وقد يكون للقرافي والشَّاطبي حسبما رجحنا وجهة أخرى ، بجعل هذه الحادثة من قبيل المصالح المرسلة لا من قبيل القياس ، وهم بهذا الميدان أحرى ، وبه أعلم وأبصر . والله أعلم .

وجه كون هذا المثال مصلحة مرسلة :

وبالذي سقناه من حديث البخاري وما ذكرناه من نصوص الأئمة المتقَدِّمين ، يتبين لنا أنَّه لم يكن هناك دليل يخيل إلى الناظر منعه الأذان الذي زاده سيدنا عثمان - رضي الله عنه - حتَّى يقال : إنَّ المصلحة قد خصصته فتكون مسألة الأذان من قبيل الاستحسان ، بل الذي أفادته

عبارتهم أنَّه لم يرد دليل يشير إلى المنع منه ولا الإذن فيه ، وهذا بالنسبة لمن جعلوا مدرك المسألة : المصلحة المرسلة ، لذلك جعلنا هذا المثال تطبيقاً للمصلحة المرسلة دون الاستحسان .

المذاهب في هذه المصلحة :

الذي يظهر لي أنَّ المصلحة هنا حاجية ؛ لأنَّ علم النَّاس بدخول وقت الصَّلاة إذا فاتهم لا يكون فواته سبباً في فقد أمر ضروري وهو حفظ الدِّين ، بل يمكن أن يصليها ظهراً إذا فاتته الجمعة بسبب عدم الأذان ، ولكن يفوته الفضل الكبير ، وبناء على هذا تكون هذه المصلحة على فرض صحة تخريج هذا المثال عليها - مقول بها عند جميع من يقولون بالمصلحة إلا الغزالي في المستصفى ، فإنَّه يردها . وتكون مرفوضة جملة عند القاضي ومن رأى رأيه : كالظاهرية لأنَّهم لا يقبلون المصالح ولو كانت ضرورية ، فضلاً عن كونها حاجية كهذه ، هذا إذا جعلنا مذهب القاضي هو ما نقله الأصوليون لا ما رأيناه سابقاً ، وإنَّمَا قلنا عند الجميع إلا الغزالي ؛ لأنَّ الأصوليين الذين فصلوا في المصلحة لم يفصلوا فيها من حيث كونها ضرورية ، إلخ ، وإنَّمَا فصلوا من حيثية أخرى ، هي قربها من الأصول وعدم ذلك .

أمَّا بناء على ما سنقرره في الخاتمة من أنَّ المصلحة غير الاستحسانية لا خلاف فيها من حيث أنواعها ، فتكون هذه متفقاً عليها .

وبهذه الأمثلة أكتفي في التفريع على دليل المصلحة المرسلة غير المخصصة للأدلة ، وهي كما ترى قد جاءت دالة على الأحكام لا فرق بين

نوع ونوع ، بل هي معمولٌ بها ، ضرورية كانت أو حاجية أو تحسينية ، بشهادة عمل الصحابة بذلك ، يقول القرافي : « وهذا يفيد القطع باعتبار المصالح المرسلة مطلقاً ، كانت في موطن الضرورات أو الحاجات أو التتمات »[1] .

كما استفيد من هذه الأمثلة أنَّ الصحابة قد عملوا بهذا الأصل ، بل قد اتفقوا عليه كما تَقَدَّم ذلك عن كُلٍّ من القرافي والشَّاطبي وابن حجر . والله أعلم .

***

(١) نفائس الأصول مخطوط ص ٢٠٠ .




الفصـل الثاني

في الاستحـسان

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

الأول : في تخريج مسائل على الاستحسان دفعاً للحرج .

الثاني : في تخريج مسائل على الاستحسان سداً للذريعة .

الثالث : في تخريج مسائل على الاستحسان مراعاة للخلاف .




المبحث الأول

يشتمل هذا المبحث على عدد من المسائل من شتى الأبواب الفقهية :

المسألة الأولى

تجويز رعي حشيش الحرم

ذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة إلى جواز رعي حشيش الحرم إذا اضطر إلى ذلك ، تخريجاً على أصل المصالح المرسلة الاستحسانية ، مع أنَّ الدليل ظاهره المنع من قطع نبات الحرم مالم يكن إذخراً ، وقد خصص أبو يوسف هذا الدليل بما عدا الحشيش المضطر إليه ، خصصه بالمصلحة دفعاً للحرج والمشقة التي تحصل بمنع دواب الحاج منه .

وقد منع من ذلك أبو حنيفة ومحمد مع وجود هذه المشقة ، فلم يلتفتوا للمصلحة هنا وإن كانوا ممن يقولون بها ، ولعل ذلك لرجحان مدرك آخر عندهم على هذه المصلحة ، وقد علل بعض الحنفية منعهما رعي الحشيش مع الحاجة إليه ، بأنَّ المشقة والحرج إنَّمَا يعتبران في موضع لا نَصَّ فيه [1] .

وقد قَدَّمْنَا رد كمال الدين بن الهمام على هذه المقالة ، وعدم تسليمه لها ورد غيره أيضاً ، مستنداً - أي الكمال - في ردِّه على أنَّ موضع النص مخصص بالنصوص العديدة التي دلت على رفع الحرج والمشقة في الدِّين [2] .

---

(١) انظر : رسالة العرف من مجموع رسائل ابن عابدين جـ٢ ص ١١٥ .

(٢) انظر في هذا : تعليل الأحكام للشيخ شلبي ٣٦٣ .

هذه المسألة من الاستحسان :

والدليل على أنَّ هذه المسألة من الاستحسان لا المصلحة المرسلة ، أنَّها خرجت من النص واستثنيت منه ، والأصل فيها فأبيحت للضرورة .

والنص المانع هو قوله ﷺ في حديث طويل رواه الستة : لا يعضد شجرها ، ولا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها [1] ، أي لا يقطع نباتها الرطب ، والضمائر الثلاثة عائدة إلى مكة .

فقد منع النص من رعي الحشيش لأنَّه فيه قطع للنبات وقد نهي عنه ؛ لأنَّ القطع بالمشافر كالقطع بالمناجل [2] ، فتجويز رعي الحشيش للضرورة إخراج له من عموم النص لأجل دفع المشقة والحرج الذي هو مصلحة ، ومثل هذه المصلحة مقول بها عند الجمهور لو قدرنا أنَّ الحاجة إليها وصلت حد الضرورة إلا القاضي ، على ما قال الأصوليون ، وكذلك متفق عليها إذا كانت الحاجة لم تصل إلى حد الضرورة ، إلا الغزالي في مستصفاه .

---

(١) ذكره الكمال بن الهمام في فتح القدير عن الستة جـ٢ ص ٢٧٦ ، وجاء في مسلم جـ٢ ص ٩٨٨ ، ٩٨٩ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

(٢) انظر : الهداية في الفقه الحنفي وشرحها العناية جـ٢ ص ٢٨١ .

المسألة الثانية

في الإعارة

وصورتها أن يعير أحدٌ غيره أرضاً ليبني فيها أو يغرس ، فبنى المستعير أو غرس ، ثُمَّ رجع صاحب الأرض عن الإعارة ، فصار للمستعير الشجر والبناء ، وللمعير أرضه ، فلو اتفقا على أن يبيع صاحب الأرض أرضه وما فيها من بناء أو شجر ، صَحَّ ذلك استحساناً للحاجة كما قال الزركشي .

والأصل منع ذلك لجهالة ما ينيب كل من الأرض والغرس من الثمن قياساً على ما إذا باع عبده وعبد غيره بثمن واحد، فإنَّه يمنع البيع في عبد غيره، ولو أذن له الغير ما دام أنَّه لم يميز ثمن كل واحد من العبدين في البيع .

قال النووي[1] في مبحث تفريق الصفقة : باع عبده وعبد غيره صح في ملكه في الأظهر فيتخير المشتري إن جهل .

قال الخطيب شارحاً لذلك نقلاً عن الإسنوي : لا يصح البيع في عبد غيره ولو أذن له ؛ للجهل بالثَّمَن حالة العقد ، وإن فصَّل الثَّمَن صَحَّ جزماً ، لكنه ليس مما نحن فيه لأنَّ الكلام في الصفقة الواحدة وتلك صفقتان [2] .

---

(١) هو يحيى بن شرف بن مري أبو زكريا النووي الشَّافعي محيي الدين ، شيخ الإسلام ، كان على طريق السلف مع الزهد والقناعة متابعاً لأهل السنة والجماعة مع التفنن في أصناف العلوم ، ولد سنة (٦٣١هـ)، ولم يذكر ابن السبكي تاريخ وفاته . انظر : الطبقات الكبرى لابن السبكي جـ٥ ص ١٦٥ ، ١٦٦ المطبعة الحسينية .

(٢) بتصرف من المنهاج وشرحه مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠ ، وانظر : نهاية المحتاج على المنهاج جـ٣ ص ٤٦١ .

فقياس هذه المسألة على ما إذا باع عبده وعبد غيره يوجب فسادها لما في ذلك من الجهل بالثَّمَن الذي يخص كل واحد من الأرض والغرس ، وجاز في هذه المسألة للحاجة .

ولعَلَّ الحاجة المعنية لهم هي الضرر الذي يحصل بسبب اشتراكهما في البناء ، أو أنَّ كُلاًّ منهما أو أحدهما قد يحتاج للبيع لأمر آخر .

قال صاحب البحر المحيط في هذه المسألة : ذكر ابن دقيق العيد في كتاب اقتناص السوانح ثلاث صور إلى أن قال : الثالثة إذا أعار أرضاً للبناء والغراس ، فبنى المستعير أو غرس ثُمَّ رجع ، واتفقا على أن يبيع الأرض والبناء لثالث بثمن واحد ، فقيل : هو كما لو كان لهذا عبد ولهذا عبد ، فباعاهما بثمن واحد ، والمذهب القطع بالجواز للحاجة ، وهذا مخالف للقياس ، فهو استحسان أو استصلاح[1] .

فدليل جواز البيع المصلحة ، ودليل منعه القياس على بيع عبده وعبد غيره بثمن واحد ، فخص هذا القياس بالمصلحة ودفع الحاجة .

فظهر دخول هذه المسألة تحت دليل الاستحسان ؛ لما في ظاهرها من المعارضة للقياس . كما أنَّ مثلها متفق عليه بين القائلين بالمصلحة إلا الغزالي في مستصفاه لو فسرنا الحاجة التي وردت في نقل الزركشي بما لم تكن ضرورة . والله أعلم .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ ص ١٧٤ .

المسألة الثالثة

في الإجارة

صورة هذه المسألة : أن يؤاجر زيد من النَّاس عَمْراً على عمل من الأعمال ، على أنَّ يكون أجره جزءاً من فائدة ذلك العمل الذي عمله ، كأن يعطيه دابته ليعمل عليها أو سيارته ، ويكون له نسبة مما تحصل عليها كالنصف أو الربع مثلاً .

فأمثال هذه الصورة أجازها المتأخرون من المالكية للمصلحة وخصصوا بهذه المصلحة الأدلة التي ظاهرها المنع عموماً ، فأخرجوا منها أمثال هذه الصورة عندما تدعو لذلك ضرورة أو حاجة ، ومن أمثلة ذلك :

١- تأجير السفينة بجزء من ربح البضائع المحمولة عليها .

٢- تأجير الجباح بجزء مما يخرجه من العسل .

٣- حرس الزرع بجزء من محصوله بعد حصده .

فهذه الصور وأمثالها من كل ما يكون فيه الأجر مجهولاً ، قد أجازها بعض المالكية تخريجاً على المصلحة المرسلة والاستحسان .

فقد أفتى الشيخ محمد بن سراج[١] بذلك إذا دعت لذلك ضرورة ، قال التسولي[٢] : أجاز ابن سراج كراء السفينة بالجزء من ربحها إذا دعت

---

(١) هو محمد بن سراج المالكي الأندلسي ، مفتي غرناطة وقاضيها ، العلامة الحافظ ، له فتاوى كثيرة حامل راية الفقه ، توفي سنة (٨٤٨هـ) . نيل الابتهاج ص ٣٠٨ .

(٢) هو علي بن عبد السَّلام التسولي الفقيه النوازلي ، حامل لواء مذهب مالك ، المطلع على أسراره ، المتقن ، له مؤلفات منها : شرحه للعاصمية ، توفي سنة (١٢٥٨هـ) . شجرة النور ص ٣٩٧ .

إلى ذلك ضرورة ، قال : لأنَّه قد علم من مذهب مالك - رحمه الله - مراعاة المصلحة إذا كانت كلية حاجية [1] .

قال التسولي في موضع آخر : وعن ابن سراج أنَّه أجاز إعطاء السفينة بالجزء مما يحصل عليها ، ومثله الجباح بالجزء من عسله ، والزرع ممن يحرسه بجزء منه [2] .

وقد جاء عن جمع من المالكية ما هو كالصريح في جواز مثل ما ذهب إليه ابن سراج ، قال في المعيار : قال أصبغ : ينظر إلى أمر النَّاس فما اضطروا إليه مما لا بد لهم منه ولا يجدون العمل إلا به[3] ، مثل حارث الزرع يستأجر بجزء منه ولا يجد من يحرث له إلا بذلك الوجه [4] ، فأرجو ألا يكون به بأس إذا عم . قال التسولي : فهذا كله مما يدلُّ على الجواز مع الضرورة [5] .

وقال البرزلي : تجوز المعاملة الفاسدة لمن لا يجد مندوحة عنها ، كالإجارة ، والمزارعة ، والشركة ، وغير ذلك من سائر المعاملات[6] .

وقال الجزولي عند قول الرسالة : « ولا بأس للمضطر أن يأكل الميتة

---

(١) انظر : شرح التسولي على ابن عاصم جـ٢ ص ١٨٨ ، ٢٥١ .
(٢) المصدر السابق جـ٢ ص ١٨١ .
(٣) المصدر السابق جـ٢ ص ١٨٨ .
(٤) انظر : المصدر السابق جـ٢ ص ١٨٨ .
(٥) المصدر السابق جـ٢ ص ٢٠٤ .
(٦) المصدر السابق جـ٢ ص ٢٠٣ .

ويشبع ، ما نصُّه : انظر على هذا لو اضطر إلى المعاملة بالحرام ، مثل أن يكون النَّاس لا يتعاملون إلا بالحرام ، ولا يجد من يتعامل بالحلال ، هل له أن يتعامل بالحرام أو لا ؟ وقد قال عليه الصَّلاة والسَّلام : « لو كانت الدنيا بركة دم لكان قوت المؤمن منها حلالاً »[1] ، وكذلك إذا كان لا يجد من يزرع إلا بكراء الأرض بما تنبته ، أو كان لا يجد إلا من يشترط شركة فاسدة وليس له صنعة إلا الحرث ... قال الشيخ : أمَّا إذا تحققت الضرورة فيجوز[2] ، وقد روي عن بعض الفقهاء أنَّه لم يجد من يؤاجره على حصاد زرعه إلا بالإجارة الفاسدة ، فارتكب ذلك وآجر عليها إجارة فاسدة ، قال التسولي : وقد روي عن الفقيه ابن عيشون أنَّه خاف على زرعه الهلاك ، فأجر عليه إجارة فاسدة حين لم يجد الجائزة ، قال البرزلي[3] : ومثله لو عم الحرام في الأسواق ، ولا مندوحة عنه غير ذلك ، والمبيح الضرورة ، كما جاز للمضطر أكل الميتة . اهـ[4] .

---

(١) قال السخاوي في المقاصد الحسنة : « لا يعرف له إسناد ، لكن معناه صحيح » ، وقال الزركشي : لا أصل له . وتبعه السيوطي في الدرر المنتثرة . وقيل : من كلام الفضيل بن عياض . انظر : كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس جـ٢ ص ٢٢٦ .

(٢) التسولي على تحفة الحكام جـ٢ ص ٢٠٤ .

(٣) هو أبو القاسم بن أحمد البرزلي القيرواني التونسي ، مفتيها وفقيهها وحافظها وإمامها ، الحافظ المذهب النظار ، إليه المفزع في الفتوى ، من تلاميذ ابن عرفة ، له الحاوي في الفتاوي ، توفي سنة (٨٤٣هـ) . شجرة النور الزكية ٢٤٥ .

(٤) التسولي على التحفة جـ ٢ ص ٢٠٣ .

فهذه النصوص أفادت أنَّ أئمة المالكية يجوزون تخصيص النصوص بالمصلحة التي هي عبارة عن المصلحة المرسلة الاستحسانية ، وغالب تلك النصوص قد حددت لهذا العلم حدوداً ، وهو كون المصلحة ضرورية وعامة ، إلا أنَّ الذي يفيده كلام ابن سراج المتقَدِّم مستنبطاً له من مذهب مالك أنَّ جواز العمل لا يختص بتلك المصلحة ، بل مثلها المصلحة الحاجية لقوله : « قد علم من مذهب مالك مراعاة المصلحة إذا كانت كلية حاجية فأولى إذا كانت ضرورية » .

وجه كون هذه المصلحة مصلحة مرسلة استحسانية :

أولاً : وجه كون هذا مصلحة مرسلة :

يرى القائلون بجواز الإجارة المتقَدِّمَة أنَّه لم يرد دليل يمنع ذلك التعامل إذا دعت إليه الضرورة أو الحاجة ، وإنَّمَا جاء الدليل مانعاً لذلك في حالة انتفاء كل من الضرورة والحاجة ، كما لم يرد دليل خاص بالإذن .

ثانياً : وجه كون هذه المصلحة استحسانية :

وجه ذلك أنَّه قد ورد عن الشَّارع ما يظهر منه المنع من أمثال هذه المعاملات ، مثل ما روي عنه ﷺ أنَّه : « نهى عن استئجار الأجير حتَّى يتبين له أجره » [1] .

وجاء عن أبي سعيد – رضي الله عنه – أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن

---

(١) ذكره في منتقى الأخبار . انظره مع شرحه جـ٥ ص ٢٩٢ .

عسب الفحل وعن قفيز الطحان [1]، وفسر قفيز الطحان بطحن الطعام بجزء منه مطحوناً [2] .

ووجه منع هذين الحديثين عن صور الإجارة المتقَدِّمَة أنَّ الأجر فيها غير معلوم لأنَّ ما يحمل على السفينة قد لا يربح شيئاً ، وقد يربح قليلاً أو كثيراً، أو متوسطاً فصار الأجر مجهولاً .

وفي الحديث الأول المنع من الإجارة التي لم يبين فيها للأجير أجره ، وبيانه شامل لبيان القدر والجنس والوصف ، فأي واحد من هذه الثلاثة اختل كانت الإجارة منهياً عنها ، والنهي يقتضي الفساد .

وفي الحديث الثاني المنع من الإجارة على الشيء بجزء من المعمول ، ولا شَكَّ أنَّ الأمر في هذه الصور كذلك ، إذ في الزرع حصاده بجزء من المحصود ، وفي العسل جمعه بجزء من المجموع ، وهكذا ، فدلَّ الحديثان على المنع من ذلك .

قال الشوكاني في شرح الحديث الأول : فيه دليل لمن قال : إنَّه يجب تعيين قدر الأجرة ، وهم : العترة ، والشَّافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال مالك ، وأحمد بن حنبل ، وابن شبرمة : لا يجب ، للعرف واستحسان المسلمين [3] .

---

(١) رواه الدارقطني . انظر : منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار جـ٥ ص ٢٩٣ والفتح الكبير جـ٣ ص ٢٨٠ .
(٢) انظر : منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار جـ٥ ص ٢٩٣ .
(٣) انظر : نيل الأوطار جـ٥ ص ٢٩٣ .

وقال في الحديث الثاني : وقد استدلَّ بهذا الحديث أبو حنيفة والشَّافعي ، ومالك ، والليث ، والناصر ، على أنَّه لا يجوز أن تكون الأجرة بعض المعمول بعد العمل[1] .

وقد جاء في كتب المالكية المنع من الإجارة إذا جهل الأجر ، وجعلوها مثل البيع ، فكما لا يصح جهالة الثمن جنساً وقدراً وصفةً ، فكذا لا تجوز جهالة الأجر[2] .

وقال ابن عاصم في تحفة الحكام : العمل المعلوم من تعيينه ، يجوز فيه الأجر مع تبيينه . أي تجوز الإجارة على عمل معين بأجر مبين معلوم ، قال التسولي في شرح ذلك : أي تبيين جنسه وقدره[3] ، فقول الشوكاني حينئذ : إنَّ الأجر عند مالك لا يجب تعيينه ، غير محرر ، اللهم إلا أن يقال : بنى ذلك على رواية لم تشتهر عن ابن القاسم ، مضمونها جواز الإجارة مع جهل الثمن إذا كان بين من لا يحصل منهما اختلاف في تسمية الأجر[4] .

فجعل هؤلاء الذاهبون إلى جواز ذلك هذه الصور ليست داخلة في المراد بالحديث وإن شملها لفظه ، وأنَّ الحديث مراد به غير حالة الضرورة والاحتياج ، فتبقى هاتان الحالتان غير مذكور لهما دليل خاص يجوزهما أو يمنعهما ، اللهم إلا ما عرف من كليات الشريعة من مراعاتها للمصالح ، فقالوا بتخصيص هذه النصوص بالمصلحة .

---

(١) نيل الأوطار جـ٥ ص ٢٩٣ .
(٢) انظر : الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٣ .
(٣) التسولي على التحفة جـ٢ ص ١٨١ .
(٤) انظر : التسولي على التحفة جـ٢ ص ١٨١ .

نوع هذه المصلحة :

والمصلحة هنا قابلة لأن تكون ضرورية أو حاجية ، بحسب الحال ومقدار الاحتياج ، فإن كانت ضرورية فمتفق عليها بين جميع المستصلحين ، وإن كانت حاجية فكذلك ، إلا عند الغزالي في مستصفاه ، وتكون ممنوعة بنوعيها عند المانعين للمصالح . والله أعلم .

المسألة الرابعة
في الإِجارة أيضاً

وهي إجارة الفحل للضراب .

وصورتها أن يؤاجر أحد فحل غيره لينزو على بقرته أو ناقته بأجر .

أجاز هذه المسألة بعض الحنابلة مستندين في ذلك على دليل المصالح بشرط أن تدعو إلى ذلك ضرورة أو حاجة .

فقد أجاز أبو الخطاب الحنبلي هذه المسألة تخريجاً على دليل الاستحسان ؛ معللاً ذلك بأنَّه انتفاع والحاجة تدعو إليه مع ورود النهي عن هذا في الحديث ، وهو ما رواه أبو سعيد أنَّه ﷺ نهى عن عسب[1] الفحل[2] .

ووجه الدلالة في الحديث : أنَّه عليه السَّلام نهى عن كراء الفحل

---

(١) العسب : كراء ضراب الفحل ، ويطلق على ضرابه ، كما يطلق على مائه ، والذي يناسب المقام هو المعنى الأول . انظر : المختار مادة : (ع س ب) .

(٢) رواه الدارقطني كما في منتقى الأخبار . انظره مع شرحه نيل الأوطار جـ٥ ص ٢٩٩ ، وأخرجه النسائي في البيوع كما في ذخائر المواريث جـ٣ ص ١٨٣ .

للضراب ، وهنا قد أخرجت إجارته من عموم النهي للحاجة والضرورة ، فصار النهي معمولاً به في غير حالة الضرورة [1] .

المسألة الخامسة

في الجعالة

وهي أجرة الدلال بجزء من ثمن السلعة التي يقوم بعرضها وبيعها مجهولاً .

لقد أجاز ذلك المالكية وأفتوا به مع أنَّ الأجر مجهول القدر ، وإن كان معلوم النسبة من ربع الثمن أو نصفه ... إلخ .

يقول التسولي مخرجاً لهذه المسألة على مسائل ذكرها جازت فيها الإجارة مع جهل الثمن : « وعلى ذلك يخرج أجرة الدلال بربع عشر الثمن مثلاً ، ونص على جوازها بذلك صاحب المعيار[2] في نوازل الشركة[3] ، وقال في باب الجعالة : إنَّ مسألة الدلال مخرجة على المصالح المرسلة ، فقد ذكرنا أثناء الكلام على شروط الجعل أنَّ من شروطه كونه معلوماً ولا تجوز الجهالة فيه ، ثُمَّ استدرك على هذا الشرط جواز كراء

---

(١) انظر في هذا : المغني لابن قدامة جـ٦ ص ١٣٢ ، وتعليل الأحكام لشلبي ص٣٨٠ .

(٢) هو أبو العبَّاس أحمد بن يحيى الونشريسي التلمساني ثُمَّ الفاسي ، مفتيها ، الإمام العالم العلامة العمدة المحصل الفهامة المحقق المطلع حامل لواء المذهب المالكي . ألف كتابه المعيار في اثني عشر مجلداً ، جمع به كثيراً من فتاوى المتقدمين والمتأخرين ، توفي سنة ٩١٤ هـ . شجرة النور الزكية ص ٢٧٥ .

(٣) التسولي على العاصمية جـ٢ ص ١٨١ .

السفينة بجزء من ربح ما يحمل عليها - الذي تقَدَّم في المسألة السابقة - ، وبيَّن أنَّها إجارة جائزة مع جهالة الأجرة فيها ، بناء على فتوى ابن سراج التي سندها المصلحة المرسلة ، وقد اعتمد على هذه الفتوى جمع من المتأخرين ، وإليك نص عبارته في ذلك ، قال : « وشرطه - أي الجعل - أن يكون معلوماً منتفعاً به طاهراً مقدوراً على تسليمه ، إلى غير ذلك ، كما يشترط في ثمن المبيع ، وتقَدَّم عن ابن سراج في فصل الإجارة أنَّه أجاز كراء السفينة بالجزء من ربحها إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، قال : لأنَّه قد علم من مذهب مالك - رحمه الله - مراعاة المصلحة إذا كانت كلية حاجية ... ثُمَّ ذكر أنَّ مجاعلة الدلال من هذا القبيل [(١)] ، أي من قبيل كراء السفينة بجزء من ربح البضاعة المحمولة عليها ، فجعل المستند في هذه المسألة - أعني مسألة الدلال - هو المستند في كراء السفينة .

وقد علم مما مَرَّ أنَّ ابن سراج يشترط للعمل كون المصلحة ضرورية أو حاجية ، وكونها عامة ، فلتكن هذه الشروط أيضاً هنا في مسألة الدلال .

وجه كون هذه المسألة من باب الاستحسان :

لقد قَدَّمْنَا في مسائل الإجارة أنَّ الأصل فيها إذا جهل الأجر المنع ؛ استناداً إلى ما جاء من نهيه عليه الصَّلاة والسَّلام عن استئجار الأجير حتَّى يتبين له أجره ، والجعالة شبيهة بالإجارة ، فمنع فيها ما يمنع في الإجارة إلا ما استثني ، وذلك أنَّ الجعالة عقد على منافع كالإجارة ، إلا أنَّ الإجارة تخالفها في بعض الأحوال ، لأنَّ الإجارة تلزم بالعقد ، ولا يشترط فيها

---

(١) التسولي على العاصمية جـ٢ ص ١٨٨ .

الشروع في العمل ولا بد فيها من ضرب الأجل ، وأنَّ الأجير إذا ترك العمل قبل تمامه فله بقدر ما عمل ، ولا يشترط في استحقاقه الأجر إتمامه العمل ، بخلاف الجعالة فإنَّها لا تلزم بالعقد ، وإنَّمَا تلزم بالشروع بالنسبة للمجاعِل - بالكسر - ، أمَّا المجاعل فلا يلزمه ولو كان بعد العمل ، كما أنَّه لا يستحق الأجر قبل تمام العمل إلا في مسائل ، وإذا ترك العمل قبل تمامه فلا شيء له [1] .

فخصص الحديث بالمصلحة الحاجية والضرورية فكانت هذه المصلحة استحسانية ، أمَّا كونها مرسلة فإنَّ مَنْ أجازوا الجعل بمجهول رأوا أنَّ النهي عن جهالة الجعل والأجر في الحديث في غير ما دعت إليه الضرورة أو الحاجة ، أمَّا هذا فلم يرد دليل خاص فيه بمنع ولا جواز ، فكانت المصلحة المترتبة على جواز الجعالة بالأجر المجهول في حالة الضرورة مرسلة عن الدليل ، اللهم إلا الأدلة العامة الدالة على جواز ذلك . والله أعلم .

نوع المصلحة في هذا :

تتنوع المصلحة في هذه المسألة بحسب حال المستفتي ، فإن كانت بحيث لو لم يجاعل جعالة كهذه ضاع له شيء من الضروريات الخمسة ، كانت المصلحة ضرورية ، وإن كان الأمر لا يصل إلى ذلك إلا أنَّ ترك التعامل بهذه الكيفية يحصل الضرر والمشقة بتركه ، كانت المصلحة حاجية .

---

(١) انظر : الشرح الكبير على متن خليل للدردير جـ٤ ص ٥٤ وما بعدها .

المسألة السادسة
في الجعالة أيضاً

وهي جواز أخذ البشارة لمن عثر على ضالة إنسان .

وصورة هذه المسألة أن يكون لزيد من النَّاس شيء ضائع ، ويلتزم لمن يأتي به أجراً جزاء عمله هذا ، فيتفق لأحد من النَّاس ممن لم يسمعوا قول صاحب ذلك الشيء العثور على ذلك الشيء الضائع ، فيجب على رب الشيء إعطاؤه ما سمَّاه ، سواءً كان العثور على ذلك قبل الالتزام بالجعل أو بعده ، كان محل ذلك الشيء الضائع مجهولاً أو معلوماً ، وإنَّمَا حكم له بذلك مراعاة للمصالح العامة ، ولو اتبع في ذلك قاعدة الجعل في صورتها الأصلية لمنع ذلك .

ومحل شاهدنا في هذه المسألة ما إذا وجد الضائع أو علم مكانه قبل الالتزام بالجعل .

قال الشيخ التسولي : وقد أفتى بعض قضاة فاس بوجوب الحكم بالبشارة مطلقاً مراعاة للمصالح العامة ، وخوفاً من ضياع أموال المسلمين بكتمان الضوال والمسروق ، وقد نَصَّ العلماء على أنَّ الفتوى دائرة على مقتضى الحال ، ... قلت : وهذه الفتوى جارية على ما تقدم عن ابن سراج وغيره من رعي المصالح ، وعلى مقتضاها عامة المسلمين اليوم ، فلا يستطيع أن يردهم عن كتمان الضوال راد إن لم يأخذوا البشارة . والله أعلم [١] .

---

(١) التسولي على ابن عاصم جـ٢ ص ١٨٩ .

ومراده بالإطلاق هو كون الشيء الضائع معلوماً لآخذ البشارة أو مجهولاً لديه عند التزام صاحب الضالة بالبشارة ... إلخ ما قَدَّمْنَاه [1] .

وجه كون هذه المصلحة استحسانية :

لقد تقرَّر في كتب الفقه أنَّ الجعل هو : عبارة عن معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه ، لا بعضه ببعض كما قال ابن عرفة [2] . وأنَّ الدليل عليه قوله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[3] . وحديث الرقية : الذي فيه أنَّ نفراً من الصحابة نزلوا على حي من العرب فاستضافوهم فلم يضيفوهم ، فلدغ سيدهم ، فجاعلهم بعض الصحابة على أن يأخذ منهم قطيعاً من الغنم على البرء ، فلمَّا حكوا القصة للنَّبيِّ ﷺ أقرهم ، فصار دليلاً على جواز الجعل[4] .

فاستنبط العلماء من هذين الدليلين كون الشيء المطلوب تحصيله مجهول المكان ، كصواع الملك في الآية ، وبرء اللديغ في الحديث ، فصارت الجهالة شرطاً في المجاعل على تحصيله .

يقول الدسوقي : وشرط صحة الجعل على الإتيان بالضائع ألا يعلم مكانه[5] .

---

(١) انظر : التسولي على ابن عاصم جـ٢ ص ١٨٩ .

(٢) المصدر السابق جـ٢ ص ١٨٧ .

(٣) سورة يوسف : الآية ٧٢ .

(٤) حديث طويل رواه البخاري . انظر نصه فيه ، وفي مختصر البخاري لابن أبي جمرة ص ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٤ طبعة الحلبي .

(٥) حاشية الدسوقي جـ٤ ص ٥٥ .

وبناء على اشتراط ذلك قال التسولي : من سرق له شيء أو ضاع له مثلاً ، فالتزم ربه الجعل المسمَّى بالبشارة اليوم ، فإنَّه يجوز ذلك الالتزام ويقضى للمبشر بأخذه بشرطين :

١ - أن يلتزم له ذلك قبل وجود المسروق ونحوه .

٢ - وأن يكون مكانه مجهولاً .

فمن وجد الآبق أو المسروق ، أو علم مكانهما ، ثُمَّ جاء إلى ربِّه فطلب أن يلتزم له بالبشارة على رده ، أو على الدلالة على مكانه ، فلا جعل له ، وإن قبضه رده ، قال في العمليات :

وخذ بشارة بجعل جعلا

قبل الوجود والمكان جهلا [١]

فإذا جاء بعض النَّاس وحكم بالبشارة لمن أتى بالآبق ، وقد كان تحت يده ، أو يعلم مكانه قبل الالتزام بالجعل ، فقد حصل تعارض بين فتواه والدليل المتَقَدِّم ، فيخص المجتهد الدليل بغير هذه الحالة ، وهي الحالة التي يؤدِّي فيها اشتراط الجهالة بالنسبة للضالة إلى ضياع أموال النَّاس ، أمَّا هذه فلم يرد فيها نص خاص إذناً أو منعاً ؛ لذا كانت المصلحة المترتبة هنا مرسلة ، وخص بها الدليل الذي ظاهره عدم جواز ذلك ، وجازت مثل هذه الفتوى لكون المصلحة فيها ضرورية أو حاجية .

---

(١) التسولي على العاصمية جـ٢ ص ١٨٩ .

المسألة السابعة

في الوقف

وهي بيع الوقف إذا دعت إليه ضرورة .

لقد جاء جواز بيع الوقف عن كثير من الفقهاء في المذاهب الأربعة والتصرف فيه إذا دعت إلى ذلك حاجة ، وكان في ذلك مصلحة .

كلام المالكية في ذلك :

أجاز بعض المالكية للموقوف عليهم إذا اضطروا أن يبيعوا الوقف ، ويأكلوا ثمنه مستندين في ذلك إلى المصلحة المرسلة الاستحسانية ، إذ مقتضى ظاهر الدليل المنع من البيع لقوله عليه السَّلام لسيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حينما سأله عن أرض له بخيبر : « لم يصب قط مالاً أنفس منها » ، فقال عمر : كيف تأمرني فيها ؟ فقال عليه الصَّلاة والسَّلام : « تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، ولكن تنفق ثمرته »[1] .

فجاء بعض علماء المالكية وخَصَّ هذا الدليل بغير حالة الاضطرار إلى البيع لأجل الحاجة والمصلحة ، قال التسولي في شرحه لتحفة الحكام :

---

(١) رواه البخاري كما في فتح القدير لابن الهمام جـ٥ ص ٤١ ، وأخرجه ابن ماجه بلفظ : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » . قال : فعمل بها عمر على ألا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث ، وفي رواية فقال له عليه السَّلام : « احبس أصلها وسبل ثمرتها » . سنن ابن ماجه جـ٢ ص ٨٠١ .

« أفتى القاضي أبو الحسن علي بن محسود بجواز بيع الوقف لخوف الهلاك بالجوع ونحوه ... ، واستشكل فتواه هذه أبو زيد سيدي عبدالرحمن الفاسي قائلاً: ولا أعرف مستنداً لهذه الفتوى ، ولعلها اجتهاد ، نعم مستندها في الجملة المصالح المرسلة ، وارتكاب أخف الضررين ، قال: والحاصل: أنَّ تلك الفتوى مما تندرج بالمعنى فيما استثنوه من بيع الوقف لتوسيع المسجد ونحوه »[١].

وقد خالف بعض المالكية فتوى ابن محسود وردها قائلاً : ما علمت جواز بيعه لما ذكر لأحد من أهل العلم ، وينقض البيع إن وقع.

وعلى ما ذهب إليه هذا البعض من رد الفتوى جرى العمل بفارس ، قال ناظم ما به العمل فيها :

بيع المحبس على المسكين لم   يقع مع الحاجة عند من حكم[٢]

ويرد قول من منعوا البيع بأنَّ عدم العلم لا يلزم منه عدم الوجود ؛ لجواز أن يكون لبعض أهل المذهب رأي مثل رأي ابن محسود لم يطلع عليه هذا القائل . على أنَّ بعض من تقَدَّم من علماء المالكية أجازوا ذلك .

فهذان إمامان من أئمَّة المذهب المالكي أجازا ذلك، فقد نقل ابن رحال[٣]

---

(١) التسولي على التحفة جـ٢ ص ٢٣٧ .

(٢) المرجع السابق جـ٢ ص ٢٣٧ .

(٣) هو أبو علي الحسن بن رحال المعداني الإمام العلامة الفقيه النظار خاتمة المحققين، كان من قضاة العدل وأهل الفضل ، شرح خليلاً ، وحشى شرح ميارة على العاصمية ، توفي سنة (١١٤٠ هـ) . شجرة النور ص٣٣٤ .

عن اللخمي[1] وعبد الحميد[2] جواز ذلك حيث قال : ومن حبس عليه شيء وخيف عليه الموت لمثل مجاعة ، فإنَّ الحبس يباع ويتفق على المحبس عليه . قال اللخمي وعبد الحميد ، وعلل ذلك اللخمي بأنَّ المحبس لو حضر لكان إحياء النفس عنده أولى[3] .

ويؤيد فتوى ابن محسود ما نقله في المعيار عن العبدوسي من أنَّه يجوز أن يفعل في الحبس ما فيه مصلحة مما يغلب على الظن حتَّى يكاد يقطع به أنَّه لو كان المحبس حياً لفعله واستحسنه[4] ، كما يؤيده أيضاً ما نقله ابن عرفة عن اللخمي فيمن حبست على ابنتها دنانير ، وشرطت ألا تنفق عليها إلا إذا نفست ، قال : ذلك نافذ فيما شرطت ، ولو نزلت شدة بالابنة حتَّى خيف عليها الهلاك لأنفقت عليها منها ، لأنَّه قد جاء أمر يعلم منه أنَّ المحبسة أرغب فيه من الأول[5] .

---

(١) هو علي أبو الحسن بن محمد الربعي اللخمي المالكي القيرواني ، تفقه بابن محرز ، كان فقيهاً فاضلاً ديناً متفنناً ، ذا حظ من الأدب ، حاز رئاسة إفريقية ، من تلاميذه المازري ، له التبصرة تعليق على المدونة ، له اختيارات تخالف المذهب . توفي سنة (٤٩٨هـ) . الديباج ص ٢٠٣ .

(٢) عبد الحميد بن محمد الهواري المالكي القيرواني ، المعروف بابن الصائغ ، تفقه بابن محرز ، وكان فقيهاً فاضلاً نبيلاً ، له تعليق على المدونة ، تفقه به المازري ، وأصحابه يفضلون على اللخمي ، توفي سنة (٤٨٦ هـ) . الديباج ص ١٥٩ .

(٣) التسولي على تحفة الحكام جـ٢ ص ٢٣٧ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) المصدر السابق .

كلام الشَّافعية في هذه المسألة :

يرى بعض علماء الشَّافعية أنَّ العين الموقوفة إذا صارت بحالة لا يمكن الاستفادة منها فيما وقفت له يجوز أن يتصرف فيها بالبيع ، مثال ذلك الحصر البالية ، والجذوع المنكسرة ، والدور المنهدمة ، وما شاكل ذلك ، فيصرف ثمنها حينئذ في مصالح المسجد لما في ترك هذه الأشياء وعدم التصرف فيها بذلك من ضياع الأموال ، فيجوز بيعها للمصلحة .

وخصصوا بهذه المصلحة الدليل المانع من التصرف في الوقف بالبيع والشراء ، وهو قوله عليه السَّلام لعمر المتَقَدِّم ، فمقتضى الدليل المنع من التصرف بالبيع ، وهو قول في مذهب الشَّافعية ، ومقتضى الاستحسان الجواز ؛ مراعاة للمصلحة وهو الأصح .

يقول النووي في المنهاج : والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت ، وجذوعه إذا انكسرت ولم تصلح إلا للإحراق[1] .

قال الخطيب شارحاً ومعللاً لصحة جواز بيع هذه الأشياء المذكورة في كلام النووي : « لئلا تضيع ويضيق المكان بها من غير فائدة ، فتحصيل نذر يسير من ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها ، ولا تدخل بذلك تحت بيع الوقف لأنَّها صارت في حكم المعدومة ، وهذا ما جرى عليه الشيخان ، وهو المعتبر ، وعلى هذا يصرف ثمنها في مصالح المسجد» ، قال الرافعي : « والقياس أنَّ يشتري بثمنه حصيراً لا غيرها ، ويشبه أنَّه مرادهم » اهـ . وهو ظاهر إن أمكن وإلا فالأول ، وكالحصر في ذلك نحاتة الخشب ، وأستار الكعبة إذا لم يبق فيها نفع ولا جمال . .

---

(١) متن المنهاج مع شرح الشربيني جـ ٢ ص ٣٩٢ .

ثُمَّ ذكر القول الثاني المقابل للأصح بقوله : والثاني لا يباع ما ذكر إدامة للوقف في عينه ، وجرى على هذا جمع من المتأخرين ، ثُمَّ قال - أي الخطيب - : تنبيه : جدار الدار الموقوفة المنهدم إذا تعذر بناؤه كالتالف فيأتي فيه ما مَرَّ (١) .

وفي نهاية المحتاج ما يشير إلى أنَّ هذه المسألة استحسانية ، وأنَّ الحكم فيها مستثنى على خلاف الأصل ، فقد قال عقب كلام النووي المتَقَدِّم : لئلا تضيع فتحصيل يسير من ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها عنها ، واستثنيت من بيع الوقف لصيرورتها كالمعدومة (٢) .

فأفاد كلام صاحب النهاية المتقَدِّمَة أنَّ كون هذه الأشياء في حكم العدم لا يخرجها عن كونها وقفاً بيع ، فلذلك قال : واستثنيت ... إلخ ، إذ لو لم تكن داخلة في بيع الوقف كما تشعر بذلك عبارة الخطيب المتقَدِّمَة ، لما كان لاستثنائها وإخراجها من بيع الوقف مكان ، ولخرجت المسألة من باب الاستحسان الذي هو نوع تخصيص .

فأنت ترى أنَّ شراح المنهاج لم يستندوا في هذه المسألة إلا على أنَّ في عدم الحكم بذلك ضياع المال ، وهو مفسدة ، فحكموا بجواز البيع دفعاً لهذه المفسدة وتحصيلاً للمصلحة ، وقد جاءت عبارة الزركشي صريحة في تخريج هذه المسألة على الاستحسان والمصالح ، فقد قال :

« ذكر ابن دقيق العيد في كتاب اقتناص السوانح ثلاث صور ترجع إلى

---

(١) مغني المحتاج للشربيني على المنهاج جـ٢ ص ٣٩٢ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج شرح المنهاج جـ٥ ص ٣٩٢ .

الاستحسان أو المصالح ، قال بها الأصحاب :

أحدها : الحصر : الوقف ونحوه إذا بلي . قيل : إنَّه يباع ويصرف في مصالح المسجد ومثله الجذع المنكسر ، والدار المنهدمة ، وهذا استحسان ، وقيل : إنَّه يحفظ ، فإنَّه عين الوقف فلا يباع وهذا هو القياس[1].

وحكم الوقف عند تعذر الانتفاع به فيما وقف من أجله ، كما مَرَّ عن الشَّافعية هو نفس الحكم عند المالكية ، فقد قالوا في الفرس الموقوف للجهاد إذا لم يمكن الجهاد عليه ولكن يمكن الانتفاع به في الطحن ونحوه : إنَّه يباع ويشترى به فرس آخر ، أو يجعل جزء من ثمن فرس آخر إن لم يبلغ قيمة فرس يجاهد عليه ، ولذا قال صاحب التحفة :

وغير أصل عادم النفع صرف

ثمنه في مثله ثُمَّ وقف

معناه : والوقف الذي هو غير عقار من حيوان أو سلاح إذا عدم الانتفاع به فيما وقف لأجله ، بيع وجعل ثمنه في مثله ثم يوقف ذلك المثل[2].

واختلف رأي المالكية في العقار إذا صار لا ينتفع به في الوقف هل يباع أو لا ؟ فالمشهور عدم جواز البيع ، ومقابله جواز ذلك بشروط هي : أن

---

(١) البحر المحيط للزركشي جـ٣ ص ١٤٧ .

(٢) انظر : حلى المعاصم للتاودي على تحفة ابن عاصم جـ٢ ص ٢٣٨ ، والتسولي عليها جـ٢ ص ٢٣٨ .

يكون خرباً ، وألا تكون له غلة يصلح بها ، وألا ترجى عودته إلى حالته بإصلاح أو غيره ، وألا يوجد من يتطوع بإصلاحه [1] .

والقول بجواز بيعه في هذه الحالة هو أحد الروايتين عن مالك ، قال ابن رشد : وفيها - أي المدونة لربيعة - أنَّ للإمام بيع الربع إذا رأى ذلك لخرابه ، وهي إحدى روايتي أبي الفرج عن مالك [2] .

مذهب الحنفية في المسألة :

يرى أبو يوسف ومحمد أنَّ الوقف إذا صار بحيث لا يستفاد منه فيما وقف من أجله ، يجوز بيعه ، مثل الفرس الموقوف للجهاد إذا ضعف ، والدار إذا انهدمت ، وما شابه ذلك إلا أنَّ محمَّداً يجيز بيعه لأنَّه يرى بطلان الوقف إذا تقاصر عن المنفعة التي من أجلها وقف ، أمَّا أبو يوسف فعنده لا يبطل ولا يزال وقفاً ، وإنَّمَا يباع خشية ضياع المال ، فيرى بيعه وأن يشترى بثمنه فرساً آخر فيوقف .

ولا يرون جواز بيع الوقف إذا كان عامراً ، بل حكوا الإجماع على منعه ، تمشياً مع الحديث المَتَقَدِّم في قصة سيدنا عمر بن الخطاب ، أمَّا إذا صار بحيث لا ينتفع منه ، فقد نقل ابن الهمام إجماع الفقهاء على جواز بيعه ، ولعله يريد بالفقهاء الحنفية فقط ، وإلا فقد تقَدَّم عن المالكية والشافعية الخلاف في هذه المسألة .

وإليك نصوص الحنفية في ذلك :

---

(١) التسولي على التحفة جـ٢ ص ٢٣٨ .

(٢) انظر : حلى المعاصم على تحفة ابن عاصم جـ٢ ص ٢٣٨ .

أمَّا بيع الوقف فقد قال صاحب بداية المبتدي : « وإذا صَحَّ الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه » ، قال ابن الهمام عقب ذلك : هو بإجماع الفقهاء ، ثُمَّ ذكر الحديث المتَقَدِّم تصدق بأصلها لا تباع ... إلخ .

وأمَّا جواز بيع ما يستغنى عنه من الوقف ، فقد قال في فتح القدير : « أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره إذا استغنوا عنه »[(١)] ، وقال : « وإذا تعذرت إعادته بأن خرج عن الصلاحية لذلك ؛ لضعفه ونحوه ، باعه وصرف ثمنه في ذلك ، إقامة للبدل مقام المبدل ، ولا يقسمه بين مستحقي الوقف ؛ لأنَّه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة »[(٢)] .

وقد أشار صاحب الهداية إلى خلاف محمد وأبي يوسف في الوقف الذي فقد الصلاحية ، هل يبقى وقفاً أو لا ؟ حيث قال : ولو خرب ما حول المسجد ، واستغني عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف لأنَّه إسقاط منه ، فلا يعود إلى ملكه ، وعند محمد يعود إلى ملك الباني أو إلى ورثته بعد موته ، قال في فتح القدير : « وقول أبي يوسف هو قول أبي حنيفة ومالك والشَّافعي »[(٣)] ، قال في فتح القدير مفرعاً على مسألة ارتحال أهل البلد عن المسجد التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد إلى غيرها : « واعلم أنَّه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما إذا استغني عن المسجد كخراب المحلة ، أو القرية وتفرق أهلها ، ما إذا انهدم الوقف وليس له من

---

(١) انظر : فتح القدير وبداية المبتدي وشرحها الهداية جـ٥ ص ٥٢ ، ٥٣ .

(٢) فتح القدير جـ٥ ص ٥٦ .

(٣) الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص ٦٤ .

الغلة ما يمكن به عمارته ، أنَّه يبطل الوقف ويرجع النقض إلى بانية أو ورثته عند محمد خلافاً لأبي يوسف »[1] .

تخريج هذه المسألة عند الحنفية على الاستحسان :

بعد أن قَدَّمْنَا اتفاق أبي يوسف ومحمد على بيع الوقف إذا عدم النفع ، وبيَّنا سندهم في جواز البيع نجد أنَّ الذي يتخرج على مسألة الاستحسان هو قول أبي يوسف ، لأنَّه لا يرى بطلان الوقف بتغيره وعدم وجود الانتفاع به فيما وقف من أجله ، فيكون في جواز البيع استثناء من الدليل المانع للبيع ، وهو قوله عليه السَّلام : تصدق بأصلها لا يباع ... إلخ .

أمَّا على قول محمد فليست المسألة من باب الاستحسان لانعدام الوقفية بتغير حال الوقف ، وصيرورته لا ينتفع به الانتفاع المطلوب ، فإذاً لم يثبت لهذا المال المباع حقيقة الوقف حتَّى يقال : إنَّ فيه استثناء من بيع الوقف ، فجواز البيع عنده لعدم كونه وقفاً ، وعند أبي يوسف للحاجة إلى بيعه حفظاً للوقف ، واستمراراً له . والله أعلم .

مذهب الحنابلة في مسألة الوقف :

يرى الحنابلة جواز بيع الوقف إذا أحاطت به تلك الأسباب التي اقتضت جواز بيعه عند غيرهم ، من عدم الانتفاع به فيما وقف له .

قال الخرقي : وإذا خرب الوقف ، ولم يرد شيئاً بيع واشتري بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفاً كالأول ، وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو بيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد[2] .

---

(١) فتح القدير جـ٥ ص ٦٥ .

(٢) انظر : متن الخرقي مع شرح المغني جـ٥ ص ٥٧٥ .

قال ابن قدامة في شرح ذلك : وجملة ذلك أنَّ الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه : كدار تهدمت وأرض خربت وعادت مواتاً ، ولم تمكن عمارتها ، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته ، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء ، بيع جميعه [1] .

قال أحمد : « إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة ، جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه » ، ونقل ابن قدامة عن ابن عقيل ما يفيد أنَّ الوقف يجب أن يكون مؤبداً إذا أمكن ، فإذا لم يمكن تأبيده جاز أن يفعل به كل ما يتحقق به الغرض المقصود من الوقف ، وهو الانتفاع به على الدوام كأن يباع ويشترى بثمنه بدله ، ثُمَّ قال ابن عقيل : « وجمودنا على العين مع تعطيلها تضييع للغرض »[2] .

تعقيب :

فأنت ترى مما نقلناه عن هؤلاء الأئمَّة أنَّهم لم يذهبوا إلى جواز البيع إلا لما في ذلك من المصلحة ، ولم يذكروا دليلاً خاصاً على جواز البيع إذا صار إلى ما صار إليه ، إلا أنَّنا نرى بعضهم يصرِّح بالدليل وأنَّه المصلحة المرسلة ، كما صنع الزركشي في البحر المحيط ، وكما ذكر سيدي عبدالرحمن الفاسي من تخريج فتوى ابن محسود على المصالح ، وبعضهم يشير إلى ذلك إشارة كما صنع غيرهم من الحنابلة والحنفية .

---

(١) انظر : المغني جـ٥ ص ٥٧٥ ، ٥٧٦ .

(٢) انظر : المصدر السابق جـ٥ ص ٥٧٧ .

وجه المصلحة ونوعها :

ولا أظنني في حاجة إلى بيان وجه المصلحة الاستحسانية هنا ، بعد ما ذكرت الدليل المقتضي لمنع البيع ، وخروج الحكم بجواز البيع من مقتضى ذلك الدليل .

أمَّا رتبة هذه المصلحة فهي مترددة بين أن تكون ضرورية أو حاجية ، بحسب الفساد الذي يترتب على عدم بيع الوقف ، فإن كان فساداً يؤدِّي إلى ضياع نفس ، كأن يهلك الموقوف عليهم ويضيعوا إذا لم يبع الوقف ، كما قَدَّمْنَا عند المالكية ، فتكون المصلحة ضرورية ، وفي هذا الحال تكون المصلحة متفقاً عليها بين جميع المستصلحين وممنوعة عند المانعين ، وإن كان لا يلحقهم الهلاك ، وإنَّمَا تلحقهم المشقة الشديدة ، فتكون المصلحة حاجية ، وهي متفق عليها بين جميع القائلين بالمصالح إلا الغزالي في مستصفاه ، فإنَّه لا يجوز من المصلحة إلا الضرورية بشروطها ، وتكون أولى عند المانعين للمصالح جملة . والله أعلم .

المسألة الثامنة

تولية الوقف لمن تكون؟

والجواب في هذا : أنَّ الواقف إن كان له شرط فيمن يتولى النظر في الوقف أتبع شرطه ، وإن لم يكن له شرط في ذلك ففي المسألة قولان :

أحدهما : أنَّ التولية تكون للواقف ، وهو الذي جزم به الماوردي ، وقال به الخوارزمي ، وجعل مثله ذريته في هذا ، وخَصَّ الماوردي هذا بالنظر في مسجد البلد التي هو بها فحسب ، وعمَّمَ الخوارزمي ذلك في جميع المساجد التي أوقفها ، كانت ببلده أم لا .

ثانيهما : أنَّ النظر في ذلك للقاضي ولا مجال لغيره في تولية ذلك .

والقول الأول مخرج على دليل الاستحسان ، والثاني مخرج على غيره ، وعللوا القول الأول بأنَّ الواقف هو المتقرب بصدقة الوقف ، فهو أحق من يقوم بإمضائها [١] .

وعللوا القول الثاني بأن القاضي هو الذي يختص بمثل هذه الأمور ، فهو صاحب النظر العام .

يقول النووي في ذلك : « إن شرط الواقف لنفسه أو لغيره اتبع ، وإلا فالنظر للقاضي على المذهب » . قال ابن حجر في شرح ذلك : « لأنَّ القاضي صاحب النظر العام ، فكان أولى من غيره ، ولو واقفاً ، أو موقوفاً عليه ، ولو شخصاً معيناً »[٢] .

وقوله : « ولو واقفاً ... إلخ »، معناه : ولو كان غير القاضي واقفاً أو موقوفاً عليه ، سواءً كان ذلك الموقوف عليه غير معين أو كان معيناً [٣] .

توجيه الاستحسان في هذا الفرع ، والدليل المقابل له :

لم تذكر كتب فروع الشَّافعية توجيه الاستحسان ، بل لم تصرِّح به كدليل في هذه المسألة ، ويمكن أن يكون وجهه - والله أعلم - أنَّ الدليل قد قام على أنَّ الأمور التي ليس لها صاحب حق معين يكون التصرف فيها

---

(١) البحر المحيط جـ٣ ص ١٧٤ .

(٢) انظر : متن المنهاج مع شرحه تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي جـ٦ ص ٢٨٦ ، ونهاية المحتاج للرملي جـ٥ ص ٣٩٦ .

(٣) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج جـ٦ ص ٢٨٦ .

بالمصلحة للإمام ، كالحقوق التي يجهل أربابها ، ومن مات ولا وارث له ، ومن لا ولي له من الآدميين إلى غير ذلك ، ولما كان هذا الوقف لم يرد فيه عن الواقف شيء بشأن من يقوم بالنظر فيه ، صار حكم توليته حكم الحق الذي لا صاحب له فيكون الولاية فيه للإمام ، لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام : « السلطان ولي من لا ولي له »(١)، والقاضي نائب عنه .

فهذا وجه الدليل المقابل للاستحسان ، فمقتضى هذا الدليل أنَّ حكم النظر في هذه المسألة للإمام ، والقاضي نائب عنه ، فيكون له النظر فيه بحكم النيابة ، فاستثنيت هذه المسألة من مقتضى الدليل ، وجعل الحكم فيها للواقف عند الماوردي والخوارزمي - كما تَقَدَّم - من أنَّ الواقف هو المتقرب ... إلخ ، بناء على دليل الاستحسان والاستصلاح .

المصلحة المقتضية للتخصيص :

ولكن ما هي المصلحة المقتضية لتخصيص الدليل القاضي بأنَّ الولاية في مثل هذا للقاضي ، وحصره فيما عدا هذه الحالة ؟ والذي يظهر في بادىء الأمر أنَّ المصلحة العائدة على الموقوف عليهم من الوقف حاصلة لهم تولى القاضي أو الواقف ، إلا أن يقال - والله أعلم - جواباً على ذلك : إنَّ في نظر الواقف على الوقف رعاية وعناية أكثر مما لو كان النظر للقاضي ؛ لأنَّ الواقف غالباً ما يباشر ذلك بنفسه ، ويريد أن يكون الوقف على حالة

---

(١) رواه أصحاب السنن إلا النسائي عن عائشة مرفوعاً في حديث ، وحسنه الترمذي ، وصححه ابن حبان ، ورواه ابن ماجه عن ابن عباس ، وله طرف . انظر : كشف الخفاء جـ١ ص ٥٥٣ .

تامة حتَّى تكون منافعه مستمرة متزايدة ، فيزيد ثوابه وأجره ، ولَعَلَّ هذا لا يتوافر لو تولى ذلك القاضي لكثرة أعماله ، أو لأنَّه لا يباشر النظر فيه بنفسه فيكل ذلك لغيره ، ولا يحظى الوقف منه بمثل ما يحظى به من الواقف من الرعاية والعناية ؛ لما قَدَّمْنَاه من حرصه على استمرار منافعه .

هذا ما رجوت أن يكون مناسباً في توجيه هذا الموضوع .

وممن خَرَّج هذه المسألة على الاستحسان الزركشي في بحره ، فقد قال : « ذكر ابن دقيق العيد ... ثلاث صور ترجع إلى الاستحسان ...

الثانية : حق التولية على الوقف ، قيل : إنَّه للواقف ، وعلل بأنَّه هو المتقرب بصدقته ، فهو أحق من يقوم بإمضائها ، وهذا استحسان [1] .

المسألة التاسعة

في الهبة

وهي تخصيص بعض الأولاد بالهبة دون بعض ، عند الحنابلة .

قد خُرِّجت هذه المسألة على دليل الاستحسان ، فروي عن أحمد بن حنبل أنَّه أجاز تخصيص بعض الأولاد بالهبة دون بعض ، إذا قام لذلك البعض معنى يقتضي تمييزه وتفضيله ، مثل : قيام عاهة تمنعه من التكسب ، أو لكثرة من يعول ، أو لانقطاعه للعلم ، أو لتقواه ، مع عدم وجود شيء من ذلك في البعض الآخر من الأبناء . أجاز أحمد ذلك مع ورود النَّهي عنه من غير تفصيل بين بعض الأولاد دون بعض ، والنهي الوارد هو ما

---

(١) البحر المحيط للزركشي جـ٣ ص ١٧٤ .

رواه النعمان بن بشير من أنَّ أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله ﷺ، فقال : إنِّي نحلتُ ابني هذا غلاماً كان لي . فقال رسول الله ﷺ : « أكل ولدك نحلته مثل هذا ؟ » قال : لا ، قال ﷺ : « فارتجعه »[1] .

ومَنْ قالوا بعدم جواز التفاضل بين الأولاد في الهبة أخذوا من هذا الحديث أنَّ الأمر بالارتجاع يقتضي بطلان الهبة[2]، وجاء في بعض روايات هذا الحديث : « جور » .

فالحديث لم يفرق في النَّهي عن التفضيل بين الأولاد بين حال وحال ، وما تخصيصه بحال دون حال إلا اعتماداً على الاستحسان المصلحي .

وقد رأى الجمهور مثل رأي أحمد من جواز التفضيل ، إلا أنَّ ابن رشد ذكر لهم مدركاً آخر غير المصلحة ، هوالقياس ، فقالوا : إنَّ الرجل له أن يهب في حال الصحة جميع ماله للأجانب بالإجماع ، فهبته لولده أحرى بالجواز[3] . وخالف الجمهور أهل الظاهر ، فمنعوا التفضيل متمسكين بعموم هذا الحديث .

فخلاصة هذا أنَّ العلماء فريقان في هذه المسألة : مجوز ومانع ، فالمانع أخذ بعموم هذا الحديث ، والمجيزون اختلفوا : فبعضهم خصص هذا العموم بالمصلحة ، وبعضهم أخذ بالقياس في مقابلته[4]. والله أعلم .

---

(١) أخرجه في الموطأ في باب ما لا يجوز من النحل ، والبخاري ومسلم في باب الهبة . انظر : تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي للموطأ ص ٧٥١، ٧٥٢ .

(٢) انظر : بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٠٨ .

(٣) انظر : المصدر السابق .

(٤) المصدر السابق جـ٢ ص ٣٠٨، ٣٠٩ .

المسألة العاشرة
في التسعير

ومن ذلك ما أفتى به بعض متأخري الحنابلة بناءً على هذا الأصل من جواز التسعير ، وهو وضع حد أعلى للسلعة لا تتجاوزه إذا كانت الحاجة ماسة إلى فعل هذا ، دفعاً للحرج والمشقة .

ويظهر من هذه المسألة مخالفة نهيه عليه الصَّلاة والسَّلام عن التسعير ، إلا أنَّ الحنابلة جعلوا النَّهي في غير هذه الصورة التي جوزوا فيها التسعير ، وإنَّما هو فيما إذا لم تكن هناك حاجة للسلعة ، أو كان غلاء السلعة ناشئاً عن قلتها وعدم توافرها ، أو لكثرة الخلق عليها ، ففي هذه الحالة ورد النَّهي .

أمَّا إذا كان غلاء السلعة يلحق بالنَّاس ضرراً ، فهنا ليس التسعير منهياً عنه ، بل هو عدل وإنصاف .

يقول الشيخ أبو زهرة : « وقد خالفوا - أي الحنابلة - في ذلك عموم نهي النَّبي ﷺ عن التسعير ، وقرروا أنَّ النَّهي عن التسعير خاص ببعض الأحوال »[1] .

ويقول ابن القيم في ذلك : « التسعير منه ما هو ظلم محرم ، ومنه ما هو جائز ، فإذا تضمن ظلم النَّاس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه ، أو منعهم مما أباح الله تعالى لهم فهو حرام ، وإذا تضمن العدل

---

(١) انظر : ابن حنبل لأبي زهرة ص٣٠١ .

بين النَّاس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل ، فهو جائز بل واجب .

فأمَّا القسم الأول فمثل ما روى أنس قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله لو سعرت لنا ، فقال : « إنَّ الله هو القابض الرازق الباسط المسعر ، وإنِّي لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبني أحد بمظلمة ظلمتها إيَّاه في دم أو مال »(١) .

فإذا كان النَّاس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم ، وقد ارتفع إمَّا لقلة الشيء وإمَّا لكثرة الخلق ، فهذا إلى الله ، فإلزام النَّاس أن يبيعوا بقيمة بعينها ، إكراه بغير حق .

وأمَّا الثاني فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة النَّاس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، والتسعير هنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به (٢) .

***

---

(١) الحديث رواه أبو داود والترمذي وصححه ، وابن ماجه في التجارات . انظر : ذخائر المواريث جـ١ ص٦٠ . طبعة جمعية النشر والتأليف الأزهرية .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص٢٢٤ .

المبحث الثاني
في تطبيقات سد الذرائع

قد قَدَّمْنَا أنَّ العمل بسد الذرائع جاء في مذاهب الأئمَّة أهل المذاهب المشهورة ، وقد قَدَّمْنَا أنَّ هناك من ينازع في ذلك ، وأثبتنا بالأدلة القول به عندهم ، ومما فرع على ذلك :

مسألة منع الصَّلاة جماعة في المسجد مرتين :

فقد جاء في مذهب مالك المنع من تكرير الجماعة في مسجد له إمام راتب ، وهذا المنع على جهة الكراهة ، قال خليل عاطفاً على المكروهات : « وإعادة جماعة بعد الراتب »[1] .

ونص المدونة في المنع من إعادة الجماعة في المسجد هو : « قال مالك : لا تجمع الصَّلاة في مسجد مرتين إلا أن يكون مسجداً ليس له إمام راتب ، فلكل مَنْ جاء أن يجمع فيه »[2] .

وقد وجه أئمة المالكية المنع الذي ورد عن مالك ، بأنَّ عدم منع الإعادة، وتجويز التعدد للجماعة في مسجد واحد يؤدِّي إلى ضياع الحكمة المقصودة من صلاة الجماعة ، ومن المعلوم أنَّ كل أمر رسمه الشَّارع ليؤدِّي إلى غرض معلوم فصار في تطبيقه أحياناً مجافاة لهذا الغرض ، يترك العمل به ، لأنَّ رسوم الشَّرع ونصوصه منوطة بمقاصدها .

---

(١) متن خليل مع شرحه للدردير ، وحاشية الدسوقي جـ١ ص٢٦٤ .

(٢) انظر : المواق على خليل جـ٢ ص١٠٩ .

ومن المعلوم أنَّ الشَّارع ندب للجماعة لتوحيد الكلمة وجمع الصفوف ، والترابط والوئام الحاصل بالمخالطة والاجتماع ، وفي تجويز إقامة جماعة بعد جماعة في المسجد مندوحة لأن يترك بعض النَّاس الصَّلاة خلف إمام ليصلي خلف إمام آخر ، فيؤدِّي ذلك إلى إساءة الظن ببعض الأئمَّة ، كما يؤدِّي إلى التشاحن والتباغض بين الأئمة أنفسهم ، فيكون في هذا الاختلاف والافتراق .

وهناك أمر آخر استدعى هذا المنع ، وهو أنَّ هناك جماعات من أهل البدع والأهواء لا يقتدون بجمهور المسلمين وأهل السنة والجماعة منهم ، ففي إباحة هذا التعدد ذريعة إلى أن ينصبوا جماعتهم من أنفسهم ، فيكون في هذا إحياء لبدعتهم ، واستمرار لعقيدتهم تحت ثوب إباحة التعدد .

والغرض الشَّرعي إنَّمَا هو التضييق عليهم ، وعدم إتاحة أي فرصة تمكنهم من ممارسة ضلالهم وبدعتهم ، قال ابن يونس وهو إمام من أئمة المالكية معللاً للمنع الذي نقل عن مالك : « إنَّمَا لم تجمع في مسجد مرتين لما يدخل في ذلك على الأئمَّة من الشحناء ، ولئلا يتطرق أهل البدع فيجعلون من يؤم بهم » [(١)] .

وقد تعرض ابن العربي أيضاً إلى السر الذي من أجله منع مالك تعدد الجماعة في المسجد مبيناً أنَّ مالكاً استقى ذلك من الآية الواردة فيمن اتخذوا مسجد الضرار ، فقال عند قوله تعالى : ﴿ وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾[(٢)] :

---

(١) انظر : المواق على خليل جـ٢ ص١٠٩ .

(٢) سورة التوبة : الآية ١٠٧ .

« تعني أنَّهم كانوا جماعة واحدة في مسجد واحد ، فأرادوا أن يفرقوا شملهم في الطاعة ، وينفردوا عنهم للكفر والمعصية . وهذا يدلك على أنَّ المقصود الأكبر والغرض الأظهر من وضع الجماعة ، تأليف القلوب والكلمة على الطاعة ، وعقد الذمام والحرمة بفعل الديانة حتَّى يقع الأنس بالمخالطة ، وتصفوا القلوب من وضر الأحقاد والحسادة . ولهذا المعنى تفطن مالك - رضي الله عنه - حين قال : « إنَّه لا تصلى جماعتان في مسجد واحد ... خلافاً لسائر الأئمة » .

وقد روي عن الشَّافعي المنع ، حيث كان ذلك تشتيتاً للكلمة ، وإبطالاً لهذه الحكمة ، وذريعة إلى أن نقول : مَنْ أراد الانفراد عن الجماعة كان له عذر فيقيم جماعته ، ويقدم إمامته ، فيقع الخلاف ويبطل النظام .

وخفي ذلك عليهم ، وهكذا شأنه معهم وهو أثبت قدماً منهم في الحكمة ، وأعلم بمقاطع الشَّريعة [(١)] . ووجه تعلق مالك بهذه الآية كما يظهر من كلام ابن العربي : أنَّها أفادت المنع من كل فعل يؤدِّي إلى تفرق المسلمين ، وتشتيت كلمتهم ، وهذا أمر عام شامل لمنع كل وسيلة ، سواء كانت تتمثل في تعدد المساجد أو تعدد الجماعات في مسجد واحد ، وليست هذه الآية دالة على منع تعدد الجماعة في المسجد عن طريق النص فيما يظهر ، لأنَّ النص إنَّمَا ورد في منع تعدد المساجد إذا كان القصد منها الضرار ، كما أنَّها ليست دالة على منع الجماعة متعددة ، فيما يظهر بطريق القياس ، وإنَّمَا دلت من حيث إنَّ القصد من المنع فيها - كما فهمه مالك -

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص١٠١ .

المنع من كل ما يؤدِّي إلى الفرقة ، فلأجل هذا كان مدرك هذا الحكم - وهو المنع من تعدد الجماعات في المسجد - سد الذريعة الذي هو نوع من المصلحة المرسلة المستندة على عمومات الشَّريعة وكلياتها لا على نصوصها الخاصة ، فيكون خلاصة الأمر في هذه المسألة أنَّ من رأى المنع تعلق بمقاصد الشريعة العامة لا بموارد خاصة منعت من هذا التعدد أو جاء فيها ما هو شبيه بهذا الأمر الممنوع ، حتَّى يكون المدرك في هذا الفرع النص أو القياس .

وهناك ملاحظة أخرى في كلام ابن العربي ، فقد جعل هذا الحكم خاصاً بمذهب مالك دون غيره من المذاهب ، ثُمَّ حكى رواية عن الشَّافعي توافق ما روي عن مالك في بعض الأحوال ، وهي حالة ما إذا أدَّى هذا التعدد فعلاً إلى تشتيت الكلمة وإبطال هذه الحكمة ، وكان ذريعة إلى أن ينفرد كُلُّ مَنْ يريد الانفراد عن الجماعة . فعلى هذا الذي نقل عن الشَّافعي لا يكون مالك منفرداً بالحكمة ولا بالعلم بمقاطع الشريعة ، فقد شاركه الشَّافعي ، فلا يكون لتخصيص ابن العربي مالكاً بهذا معنى ، اللهم إلا أن يريد أنَّه اختص بذلك ، إذا قطعنا النظر عن هذه الرواية عن الشَّافعي أو أنَّ هذه الرواية ليست راجحة عند ابن العربي عن الشَّافعي فلم يعتبرها مذهباً للشَّافعي ، فهنا إذاً يكون لتخصيص ابن العربي مالكاً وجهه .

أو أنَّ محط تفضيل مالك على غيره هو تعميمه في المنع من التعدد ، لا فرق بين حصول الفرقة منه قطعاً ، كما قال الشَّافعي في أحد قوليه ، أو لم يكن ذلك قطعاً ، فيكون مناط الأفضلية في قوله بالتعميم في التعدد لا في أصل القول به ، فإنَّه مشارك فيه . والله أعلم .

وسيأتي عند الكلام على مذهب الشَّافعي ، أنَّ مذهب الشَّافعي المنع من ذلك سداً للباب ، وليس مقيداً بالتحقق من حصول ذلك كما يظهر من كلام ابن العربي ، فيكون فيما يأتي مخالفة لما قاله ابن العربي من وجهين :

أحدهما : أنَّ ظاهر كلامه يفيد أنَّ الشَّافعي يجيز التعدد كسائر العلماء غير مالك ، إلا أنَّه نسب له قول بمنع التعدد ، فأفاد كلام ابن العربي أنَّ هناك قولين عن الشَّافعي .

الثاني : أنَّه جعل المنع في أحد القولين مقيداً بما إذا كان في ذلك تشتيت للكلمة فعلاً كما يفهم من قوله عن الشَّافعي : « حيث كان ذلك تشتيتاً للكلمة وإبطالاً لهذه الحكمة ، وذريعة إلى أن نقول ... إلخ »[1] .

وقد تكلم الحطاب على ما كان في عهده من تعدد الجماعات بالمسجد الحرام ، وأنَّ كل مذهب من المذاهب الأربعة يصلي في جهة من جهات المسجد عقب صلاة إمام المذهب الآخر ، فحكى خلاف العلماء في ذلك وأنَّهم فريقان : مجيز ومانع ، ثُمَّ انتصر لمن منع ذلك حيث قال : وما قال هؤلاء الأئمة ظاهر لا شَكَّ فيه ، إذ لا يشك عاقل في أنَّ هذا الفعل المذكور مناقض لمقصود الشَّارع من مشروعية الجماعة وهو اجتماع المسلمين ، وأن تعود بركة بعضهم على بعض ، وألا يؤدِّي ذلك إلى تفرق الكلمة ، ولم يسمح الشَّارع بتفريق الجماعة بإمامين عند الضرورة الشديدة وهي حضور القتال مع العدو ، بل أمرهم بقسم الجماعة وصلاتهم بإمام واحد ، وقد

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي جـ٢ ص١٠٠١ .

أمر الله رسوله عليه الصَّلاة والسَّلام بهدم مسجد الضرار لما اتخذ لتفريق الجماعة [1] .

فأنت ترى أنَّ الحطاب نظر إلى عدة أدلة شرعية منع فيها الشارع من توزيع جماعة المسلمين بالإضافة إلى قصد الشَّارع من طلب الجماعة ، فأخذ من هذه الأمور مجتمعة أمراً عاماً هو منع كل ما يؤدِّي إلى التفرقة ، وهذه المسألة جزئية من ذلك الأمر العام الممنوع .

فخلصنا بهذا أنَّ أئمة المالكية عللوا منع إمامهم لتعدد الجماعة في المسجد بما تَقَدَّم ذكره ، وأنَّهم قد تفننوا في توجيه ذلك ، وإن كان كلامهم يرجع إلى حقيقة واحدة ، هي أنَّ جواز التعدد ينافي مقصد الشَّريعة من إقامة الجماعة ، وأنَّه ذريعة إلى فساد عظيم ، فمنع منه رغم ما تفيده الأدلة من إطلاق الإذن في الجماعة من غير تقييد بقيد .

وجه كون هذا المثال من باب سد الذرائع :

لقد ذكرنا كثيراً أنَّ سد الذرائع عبارة عن تخصيص دليل شرعي بالمصلحة المرسلة ، وقد ندب الشَّارع إلى صلاة الجماعة بالترغيب فيها بالثواب الكبير ، والوعيد لمن تركها بالعذاب ، ولم يقيد طلبه لها بحال دون حال ، وإنَّمَا ظاهره طلبها في جميع الأحوال .

فمما جاء في ذلك قوله عليه الصَّلاة والسَّلام : « صلاة الجماعة تفضل صلاة أحدكم وحده بخمسة وعشرين جزءاً » ، وفي حديث آخر : « تفضل صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة » [2] ، إلى غير ذلك .

(١) انظر : الحطاب على خليل جـ٢ ص١١١ .

(٢) رواه في الموطأ جـ١ ص١٢٩ ، ورواه البخاري في كتاب الأذان . ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة . انظر : الموطأ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

وجاء الوعيد لتاركها ، فقال عليه الصَّلاة والسَّلام : « لقد هممت أن آمر بحطب فيحطب ، ثُمَّ آمر بالصَّلاة فيؤذن لها ، ثُمَّ آمر رجلاً فيؤم النَّاس، ثُمَّ أخالف إلى رجال فأحرق عليهم بيوتهم »[1] الحديث ، فدلَّ الثواب على الفعل والعقاب على الترك على طلب الجماعة ، ولم يأت ما يخص هذا الطلب من أدلة معينة إلا أنَّه لما كان في طرد هذا الطلب في جميع الأحوال مفاسد جمة خصَّه المجتهدون ببعض الأحوال ، مستندين في تخصيصهم هذا إلى المصلحة العامة ومقاصد الشَّريعة ، فمنعوا من تعدد الجماعة في مسجد واحد له إمام راتب ، خشية ما يحدث من المفاسد التي تَقَدَّم ذكرها . والله أعلم .

كراهة إعادة الجماعة في مسجد عند الشَّافعية :

قد مَرَّت الإشارة إلى أنَّ للشَّافعي قولين في هذه المسألة ، وأنَّه يجعل المنع في حالة مخصوصة في قول ، وفي الآخر لا يرى سد الذريعة حسبما فهمناه عن ابن العربي .

والذي يفيده ظاهر كلام الزركشي نقلاً عن الشَّافعي أنَّ الكراهة ليست مقيدة بذلك القيد ، بل متى ما خشي المحظور منع إعادة الجماعة ، وإليك نص الزركشي في مبحث سد الذرائع من كتاب البحر المحيط ، قال : « قلت : نص الشَّافعي - رحمه الله تعالى - في البويطي على كراهة التجميع بالصَّلاة في مسجد قد صليت فيه تلك الصَّلاة إذا كان له إمام

(١) رواه في الموطأ جـ١ ص ١٢٩ ، ١٣٠ ، وأخرجه الشيخان في البابين السابقين . تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي لموطأ مالك .

راتب ، قال : وإنَّمَا كرهته لئلا يعمد قوم لا يرضون إماماً فيصلون بإمام غيره »[1]، فمنعه سداً للباب ، دون من يرون تحقيق رغباتهم بالامتناع من الصَّلاة خلف إمام معين .

ويظهر من هذا النص أنَّ المنع إنَّمَا هو لخوف المحظور وليس مقصوراً على العلم بالوقوع الذي تفيده عبارة القاضي ابن العربي السَّابقة .

هذا وقد جاء في المهذب وشرحه المجموع للنووي ، أنَّ القول المعول عليه هو المنع ، وما سواه قول شاذ وضعيف ، فلا يلتفت إليه ، وبهذا يظهر لك عدم صحة ما نقله ابن العربي من أنَّ القول بمنع الإعادة رواية المفيد أنَّ معتمد مذهب الشَّافعي أو مشهوره جواز التجميع ، قال الشيرازي : « وإن حضر وقد فرغ الإمام من الصَّلاة ، فإنَّ كان للمسجد إمام راتب كره أن تستأنف فيه جماعة ، لأنَّه ربما اعتقد أنَّه قصد الكياد والإفساد » .

قال النووي : « هذا هو المشهور ، وبه قطع الجمهور ، وحكى الرافعي أنَّه لا يكره ، وهو شاذ ضعيف »[1] .

توجيه هذه المسألة على المذاهب في سد الذرائع :

أولاً : أنَّ في هذا الفرع رداً على من قال : إنَّ الشَّافعي لا يسد الذرائع ، كالسبكي وابنه .

ثانياً : أنَّ فيه تأييداً لمن ذهب إلى أنَّ الشَّافعي يسد الذرائع ، كابن الرفعة وابن عبد السَّلام .

---

(١) البحر المحيط جـ٣ مبحث سد الذرائع .

(٢) انظر : المهذب مع المجموع جـ١ ص١٢٠ ، ١٢١ .

ثالثاً : أنَّ ظاهر كلام الشَّافعي : « لئلا يعمد قوم ... » إلخ ، يفيد أنَّ المنع إنَّمَا هو لخشية أنَّ يترك قوم الإمام الراتب إلى غيره ، وخشية ذلك تشمل ما إذا كان حصول ذلك من القوم مقطوعاً به أو مظنوناً ، أو يتساوى طرفاه ، لأنَّ خوف هذا الأمر يتأتى في جميع هذه الصور .

ولأجل أنَّ كلام الشَّافعي يحتمل ذلك أورد الزركشي النص المَتَقَدِّم مستشهداً به على ما ذهب إليه ابن الرفعة من أنَّ الذرائع عند الشَّافعي تسد ، ولو كان حصول الفساد وعدمه بالنسبة لها متساوياً ، فأولى إن غلب حصول الفساد أو قطع به ، هذا بالنسبة للشَّافعية ، أمَّا المالكية فقد تقَدَّم أنَّ أبا إسحاق الشَّاطبي نسب المنع من الذرائع لمالك ، ولو كان الفساد فيها متساوي الحصول وعدمه ، ومَثَّل له ببيوع الآجال .

وقَدَّمْنَا أنَّ بعض المالكية ذهب إلى أنَّ محيط الذرائع أوسع من ذلك ، وأنَّه كما يشمل ما ذكره الشَّاطبي يشمل ما هو دون ذلك إذا لم يكن نادراً .

وإذا نظرنا إلى أنَّ الإمام مالكاً منع من تعدد الجماعة في كُلِّ مسجد له إمام راتب ، لوجدنا أنَّ لهؤلاء القائلين باتساع نطاق الذرائع وجهة ، وهو أنَّ الإمام منع خشية وقوع الممنوع من التباغض والتحاسد بين الأئمَّة ، وما إلى ذلك ، وهذا شامل لكل حالة يمكن فيها تصور ذلك .

إلا أنَّ جمهورهم الذين قيدوا المنع بما إذا كان المحظور مساوياً أو أعلى ، فهموا فيما أظن أنَّ الإمام لا يقصد من المنع : الصور التي لا ترقى إلى أن يكون حصول المحظور فيها مساوياً لعدم حصوله .

الحنفية وكراهة تعدد الجماعة في المسجد :

إذا وقفنا على مذهب الحنفية نجد الأمر عندهم في هذه المسألة هو كراهة التجميع كغيرهم ، قال ابن عابدين في هذه المسألة نقلاً عن الظهيرية ما نصُّه : « لو دخل جماعة المسجد بعد ما صَلَّى فيه أهله يصلون وحداناً ، وهو ظاهر الرواية ... وذكر العلامة رحمة الله السندي تلميذ المحقق ابن الهمام في رسالته : أنَّ ما يفعله أهل الحرمين من الصَّلاة بأئمَّة متعددة وجماعات مترتبة مكروه اتفاقاً ، ونقل عن بعض مشايخنا إنكاره صريحاً حين حضر الموسم بمكة عام (٥٥١ هـ)، وذكر أنَّ بعض المالكية أفتى بمنع ذلك على مذهب العلماء الأربعة ، ونقل إنكار ذلك عن جماعة من الحنفية والشَّافعية والمالكية حضروا الموسم »[١]، فقد اتفقت كلمة أهل المذاهب الثلاثة على كراهة التجميع في المسجد الذي له إمام راتب ، واتحد مدركهم ودليلهم في ذلك ، وهو سد الذرائع ، فخصصوا به العموم الذي أفادته الأدلة الحاضة على صلاة الجماعة .

مناقشة ما نقل عن بعض المالكية من اتفاق المذاهب على المنع :

قد تَقَدَّم في نص ابن عابدين أنَّ بعض المالكية نقل منع التجميع عن علماء المذاهب ، إلا أنَّ في هذا النقل نظراً ، إذ الذي في كتب الحنابلة هو جواز التجميع كما يأتي عن صاحب المغني .

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ١ ص٥١٧ .

مذهب الحنابلة في هذه المسألة :

يرى الحنابلة أنَّه لا مانع من تعدد الجماعة في مسجد واحد له إمام راتب ، بل يرون ذلك مستحباً مندوباً إليه . قال ابن قدامة في المغني : «ولا تكره إعادة الجماعة في المسجد ، ومعناه : أنَّه إذا صَلَّى إمام الحي وحضر جماعة ، استحب لهم أن يصلوا جماعة ، وهو قول ابن مسعود وعطاء والحسن والنخعي وقتادة وإسحاق »(١) .

ثُمَّ استدلَّ على ذلك بقوله : « ولنا عموم قوله عليه السَّلام : « صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة » ، وفي رواية : « بسبع وعشرين درجة »(١) .

فقد خالف الحنابلة أصلهم من القول بسد الذرائع في هذا الفرع ، فلم يخصصوا العموم بالمصلحة المتمثلة في منع وسائل الفساد ، وتعلقوا بالعموم المفيد للجواز في جميع الأحوال ، لا فرق بين جماعة مبتدأة أو مكررة .

ولا يعد هذا من الحنابلة رفضاً لمبدأ القول بسد الذرائع ، إذ ربما قوي لديهم مدرك آخر ، فآثروا العمل به على العمل بسد الذرائع . والله أعلم .

المسألة الثانية : وجوب الصوم على من رأى هلال شوال منفرداً :

ذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى وجوب الصَّوم على مَنْ رأى هلال شوال منفرداً ، وروي ذلك عن الليث بن سعد أيضاً .

---

(١) المغني لابن قدامة جـ٢ ص١٨٠ .
(٢) مَرَّ تخريجهما .

وقال الشَّافعي وأبو ثور: يجوز له الفطر حيث لا يطلع عليه ، وأوجبا عليه الصَّوم إن خشي اطلاع النَّاس عليه .

نصوص المانعين للفطر :

قال مالك في الموطأ : ومَنْ رأى هلال شوال وحده فإنَّه لا يفطر[1] .

وقال خليل المالكي في مختصره : « ولا يفطر منفرد بشوال ، ولو أمن الظهور إلا بمبيح »، قال المواق : « قال مالك وابن القاسم وأشهب : إن رأى هلال شوال وحده فلا يفطر »[2] .

وقال الزيلعي الحنفي في تبيين الحقائق : « وأمَّا هلال الفطر فالاحتياط فيه أن يصوم ولا يفطر إلا مع النَّاس »[3]، وقال في بداية المبتدى : « ومَنْ رأى هلال الفطر وحده لم يفطر »[4] .

وقال الخرقي الحنبلي : « ولا يفطر إذا رآه وحده »[5] .

وقال ابن رشد في البداية : « واختلفوا هل يفطر الواحد برؤيته وحده ؟ فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد ، إلى أنَّه لا يفطر »[6] ، وقال ابن قدامة في المغني : « روي عدم الفطر عن مالك والليث »[7] .

---

(١) انظر : الموطأ جـ١ ص ٢٨٧ .

(٢) انظر : المواق على خليل جـ٢ ص ٣٨٩ .

(٣) الزيلعي على الكنز جـ١ ص ٣١٨ .

(٤) انظره مع شرح الهداية وفتح القدير جـ٢ ص ٦١ .

(٥) انظره مع شرح ابن قدامة جـ٣ ص ١٦٠ .

(٦) بداية المجتهد جـ١ ص ٢٦٢ .

(٧) جـ٣ ص ١٦٠ .

نصوص المجيزين للفطر :

قال ابن رشد في البداية : « وقال الشَّافعي : يفطر ، وبه قال أبو ثور »[(١)]. وقال في المغني : « قال الشَّافعي يحل له أن يأكل حيث لا يراه أحد »[(٢)].

محل النزاع في هذه المسألة :

وبما تَقَدَّم تبين لنا أنَّ محل النزاع بينهم إنَّمَا هو فيما إذا أمن الاطلاع على فطره ، أمَّا إذا كان بحيث يراه أحد ، فلا يجوز عند الجميع الفطر ، ولذا نجد ابن قدامة قيد جواز الفطر عند الشَّافعي بقوله : حيث لا يراه أحد ، كما تَقَدَّم ، وكذا قال ابن رشد : « قال الشَّافعي : إن خاف التهمة أمسك عن الأكل والشرب واعتقد الفطر »[(٣)].

أمَّا المانعون فمنعوا الصوم مطلقاً أمن من الاطلاع أو لم يأمن ، ولذا قال خليل رداً على مَنْ أجاز الفطر حيث لا يطلع عليه : « ولا يفطر منفرد بشوال ولو أمن الظهور » .

ما معنى الصوم في هذه المسألة :

قال المالكية : إنَّ معنى الصوم هنا هو أن يمسك عن الأكل والشرب فقط ، من غير أن ينوي صوماً ، بل يجب عليه أن ينوي الفطر ، لأنَّ اليوم

---

(١) بداية المجتهد جـ١ ص ٢٦٢ .

(٢) المغني جـ٣ ص ١٦٠ .

(٣) بداية المجتهد جـ١ ص٢٦٣ .

يوم عـيـد عنده . قـال أشـهب : « ولينو الفطر بقلبـه ويكف عن الأكل والشرب »[1] .

وقـال في فـتح القـدير : إنَّ معنى قـول أبي حنيـفة لا يفطر على أحـد القـولين لا يأكل ولا يشـرب ، ولكن لا ينوي الصـوم والتـقـرب إلى الله تعالى؛ لأنَّه يوم عيد في حقه للحقيقة التي عنده »[2] .

وقـال الحطاب : « أمَّا الإفطار بالنية فحكى ابن عرفة عن ابن رشد أنَّ المذهب وجوبه » [3] .

الأدلة في هذه المسألة :

لقد قَدَّمْنَا المذاهب فيها ، وأنَّ بعض العلماء يوجب الصوم مطلقاً ولو أمن الاطلاع عليه ، وبعضهم يفصل بين ما إذا أمكن الاطلاع عليه فيوجب الصَّوم ، أو لا يمكن الاطلاع عليه فيجيز الفطر . وبيَّنا محل النزاع في ذلك ، ونريد هنا أن نذكر دليل كل .

فأمَّا المانعون من الفطر فقد اختلفت كلمتهم في دليل المنع : فمنهم من لم يستند في ذلك على سد الذريعة وهم الحنفية والحنابلة ، ومنهم من استند في ذلك على سد الذريعة وهم المالكية ، ويظهر أنَّ الشَّافعي يعتمد هذا الأصل أيضاً في حالة ما إذا أمكن الاطلاع عليه ، وقد قَدَّمْنَا أنَّ هذا محل اتفاق بينهم في وجوب الصَّوم ، والدليل على أنَّ الشَّافعي يستند إلى سد الذرائع قول ابن رشد نقلاً عن الشَّافعي : « إن خاف التهمة أمسك عن

---

(١) المواق على خليل جـ٢ ص٣٨٩، والحطاب جـ٢ ص٣٩٠ .

(٢) فتح القدير جـ٢ ص٦١ .

(٣) الحطاب على خليل جـ٢ ص ٣٩٠ .

الأكل والشرب » ، إذ علل الإمساك بخوف التهمة ، وخوف التهمة عبارة عن حصول المفسدة الحاصلة بالفطر .

أدلة مَنْ لم يتمسكوا بسد الذريعة في هذه المسألة

دليل الحنفية :

استدلَّ الحنفية على منع الفطر لمن رأى هلال شوال منفرداً بقوله عليه الصَّلاة والسَّلام : « صومكم يوم تصومون ، وفطركم يوم تفطرون »[1] .

وجه الاستدلال أنَّ النَّبيَّ عليه الصَّلاة والسَّلام أخبر بأنَّ الصوم الشَّرعي يوم يصوم النَّاس جميعاً ، وكذا الفطر ، والمفطر برؤيته هلال شوال منفرداً لم يفطر يوم أن أفطر جميع النَّاس ، فكان فطره غير شرعي لعدم فطر النَّاس فمنع من ذلك .

قال الزيلعي مبيناً وجه الاستدلال من الحديث : « والنَّاس لم يفطروا في هذا اليوم فوجب ألا يفطر »[2] .

دليل الحنابلة :

واستدلَّ الحنابلة على المنع بما روي عن عمر أنَّه جاءه رجلان رأيا هلال شوال ، فأفطر أحدهما وأمسك الآخر ، فقال للذي أفطر : لولا شهادة هذا لأوجعتك ضرباً ، فدلَّ هذا على أنَّ المنفرد برؤية شوال لا يجوز له الفطر ، ولو جاز له لما قال له عمر ذلك .

---

(١) أخرجه أبو داود، انظره مع شرحه عون المعبود جـ٢ ص ٢٦٩ .
(٢) تبيين الحقائق للزيلعي جـ١ ص ٣١٨ .

يقول ابن قدامة محتجاً لمذهبه : ولنا ما روى أبو رجاء عن أبي قلابة أنَّ رجلين قدما المدينة وقد رأيا الهلال ، وقد أصبح النَّاس صياماً ، فأتيا عمر فذكرا ذلك له ، فقال لأحدهما : أصائم أنت ؟ قال : بل مفطر . قال : ما حملك على هذا ؟ قال : لم أكن لأصوم وقد رأيت الهلال ، وقال للآخر : قال : أنا صائم . قال : ما حملك على هذا ؟ قال : لم أكن لأفطر والنَّاس صيام . فقال للذي أفطر : لولا مكان هذا لأوجعت رأسك ، ثُمَّ نودي في النَّاس أن اخرجوا . أخرجه سعيد عن ابن علية عن أيوب عن أبي رجاء .

قال ابن قدامة : وإنَّمَا أراد ضربه لإفطاره برؤيته ، ودفع عنه الضرب لكمال الشهادة به وبصاحبه ، ولو جاز الفطر لما أنكر عليه ولا توعده[1] .

فأنت ترى أنَّ الحنابلة فيما يبدو قد احتجوا بقول عمر وهو قول صحابي ، وهم ممن يرون التمسك بقول الصحابي ، أمَّا عمر فيحتمل أن يكون استند إلى شيء ثبت عنده عن النَّبيِّ ﷺ ، ويحتمل أنَّه قد رأى ذلك اجتهاداً وسداً لذرائع الفساد لئلا يفطر النَّاس بزعمهم رؤية الهلال وهم لم يروه . فيكون مآل الحنابلة في هذا الاستناد إلى سد الذريعة تقليداً لعمر - رضي الله عنه - ، فيكون الأصل في المسألة عند الجميع ما عدا الحنفية سد الذريعة . كما يحتمل أن يكون عمر رأى رأياً آخر غير سد الذريعة . والله أعلم .

دليل المالكية :

استدلَّ المالكية على منع الفطر بسد الذرائع ، وذلك أنَّ المفطر قد عرض نفسه لأن يتهم بفطر رمضان فيعاقب على فطره ويحكم بفسقه ،

---

(١) المغني جـ٣ ص ١٦٠ .

ففطره إذاً ذريعة إلى تفسيقه والطعن في عرضه ، وحفظ العرض واجب شرعاً [1] ، وكذلك الفطر ذريعة إلى ادعاء من لم ير من الفساق الهلال الرؤية كذباً فيفطرون ، ففي منعه قفل لباب الشر . وأيضاً فيه منع لأهل البدع من أن يفطروا متذرعين بذلك .

فهذه الأسباب كل واحد منها جدير بأن يكون سبباً لمنع الفطر ، وإليك نصوصهم القاضية بتمسكهم بسد الذرائع في هذا الفرع ، قال مالك في الموطأ عقب منعه الفطر المتَقَدِّم ذكره : « لأنَّ النَّاس يتهمون على أن يفطر منهم من ليس مأموناً، ويقول أولئك إذا ظهر عليهم : قد رأينا الهلال »[2]، فأشار إلى أنَّ المنع سببه تذرع الفساق بذلك .

وقال الباجي : « ووجه ما احتَجَّ به مالك - رحمه الله تعالى - : أنَّ ذلك ذريعة لأهل الفسق والبدع إلى الفطر قبل النَّاس بيوم ، ويدعون رؤية الهلال إذا ظهر عليهم » [3] .

فأنت ترى أنَّ الباجي جعل من أسباب منع الفطر قفل الباب على المبتدىء أيضاً كالفساق .

ويقول ابن رشد : وإنَّمَا فرق بين هلال الصوم وهلال الفطر لمكان سد الذريعة ألا يدعي الفساق أنَّهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه[4]،

---

(١) انظر : منح الجليل جـ١ ص ٣٨٨ .
(٢) الموطأ مع شرح الزرقاني جـ٢ ص ١٥٦ .
(٣) المنتقى للباجي جـ٢ ص ٣٩ .
(٤) بداية المجتهد جـ١ ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

ويقول الخطاب نقلاً عن غيره : والفطر فيما بينه وبين الله جائز ، بل هو الواجب عليه ؛ لنهيه عليه السَّلام عن صيام يوم الفطر ؛ لكنه حظره عليه لما فيه من تعريض نفسه للتهمة والعقوبة [1] .

وقال ابن عبد السَّلام [2] في شرحه : والحاصل أنَّ الأصل وجوب الفطر عليه ، والمانع خشية نسبته إلى الفسق ، وقال أشهب : وليس عليه في الأكل بينه وبين الله شيء لكنه عليه من باب التغرير بنفسه في هتك عرضه[3]، وقال الشَّاطبي : رأى مالك لمن رأى هلال شوال وحده ألا يفطر لئلا يكون ذريعة إلى العامة [4] .

وجه المصلحة في هذا المثال :

لَعَلَّ وجه ذلك أنَّ الشَّارع أوجب الفطر على من رأى الهلال مطلقاً ، أمَّا كون فطر الرائي وحده يؤدِّي إلى انتهاك عرضه ، وإلى إغراء غيره من الفساق أو المبدعة بالفطر ، فلم يرد فيه دليل بخصوصه بالمنع ولا بالجواز ، إلا أنَّ مراعاة درء المفسدة المأخوذة من أدلة الشَّريعة الكلية يفيد منع الفطر ، فيكون وجوب الصوم عند أدائه لهذه النتائج - من هتك العرض أو فتح الباب للفساق و المبتدعة - غير منصوص على منعه ولا على جوازه ، فكانت المصلحة المؤدِّي إليها الحكم بوجوب الصوم مرسلة .

---

(١) الحطاب على خليل جـ٢ ص ٣٩٠ .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام الهواري التونسي المالكي ، قاضي الجماعة بها ، الشيخ الفقيه القوَّال بالحق المتبحر في العلوم العقلية والنقلية، من تلاميذه ابن عرفة وابن خلدون توفي سنة (٧٤٩ هـ) . انظر : شجرة النور ص ٢١٠ .

(٣) المواق على خليل جـ٢ ص ٣٨٩ .

(٤) الموافقات جـ٣ ص ٣٢٩ .

وجه كون هذه المصلحة استحسانية مخصصة للأدلة :

وجه ذلك أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن صوم يوم الفطر ، والذي رأى هلال شوال صائم ليوم الفطر لامتناعه عن الأكل والشرب ، وقد أبيح له فحص هذا الرائي لهلال شوال عن عموم الدليل القاضي بوجوب الفطر ، مراعاة لما يؤدِّي إليه فطره من مفاسد سبق ذكرها ، فخصص درء هذه المفاسد عموم الدليل المفيد لجواز الفطر .

ولهذا قال الحطاب : الواجب الفطر لنهيه عليه السلام عن صيام يوم الفطر ، لكنه حظر عليه لما فيه من تعريض نفسه للتهمة والعقوبة .

وقال ابن عبد السَّلام : الأصل وجوب الفطر عليه ، والمانع خشية نسبته إلى الفسق .

فأشارا رحمهما الله إلى الدليل العام ، والدليل المخصص لذلك العام، وأنَّ هذا الدليل هو سد الذريعة .

دليل المجوزين للفطر :

استدلَّ الشَّافعي - رحمه الله - على جواز الفطر إذا لم يره النَّاس بالقياس ، فقاس حاله عند عدم رؤية الغير له مفطراً بالحال الذي يرى فيها الشهود هلال شوال وتقبل رؤيتهم ، بجامع أنَّ كُلاً منهم قد رأى رؤية محققة ، فلمَّا جاز لأولئك الفطر ، جاز لهذا الذي رأى وحده عند أمنه اطلاع الغير عليه .

أمَّا فيما إذا خشي اطلاع الغير عليه فدليله دليل المالكية وهو سد

الذرائع كما تَقَدَّمَت الإشارة إليه ، قال ابن قدامة مشيراً إلى دليل الشَّافعي : قال الشَّافعي : يحل له أن يأكل حيث لا يراه أحد ، لأنَّه يتيقنه من شوال فجاز له الأكل ، كما لو قامت به بينة .

فالأصل من قامت له البينة الصحيحة برؤية الهلال ، والفرع من ثبتت له الرؤية منفرداً ، وحكم الأصل جواز الفطر ، فيكون الفرع مثله ، والعلة هي تيقن كل من الأصل والفرع أنَّ ذلك اليوم من شوال . والله أعلم .

فقد علم مما تقَدَّم أنَّ من يقولون بسد الذرائع قد يتركون الاعتماد عليها في بعض المسائل لأدلة رجحت عندهم عليها كما صنع الحنابلة والحنفية ، كما أنَّهم قد يحكمون الذرائع في بعض أحوال المسألة كما صنع الشَّافعي ، إلا أنَّ هذا لا يقدح في أصل التمسك بهذا المبدأ . والله أعلم .

المسألة الثالثة : صيام ستة من شوال :

ذكر العلماء أنَّ مالكاً وأبا حنيفة يريان كراهة صيام ستة من شوال ؛ خشية اعتقاد الجهال أنَّها من رمضان ، فمنعاها سداً لهذه الذريعة .

والذي يبحث عن هذه المسألة في المذهب المالكي يجد فيها اختلافاً فيما بينهم في المكروه ، فبعضهم يقول : المكروه وصل هذه الأيام برمضان فحسب ، حتَّى لو فصلها وصامها في وسط شوال أو في آخره لانتفت الكراهة ، وبعضهم يقول : إنَّ المكروه صوم ستة من شوال كانت متصلة أو منفصلة ، كما أنَّهم يختلفون في العلة التي من أجلها منع مالك صوم هذه الأيام : أهي سد الذريعة مع ثبوت الحديث عنده النادب لصومها ، أم أنَّ

الحديث لم يبلغه ، أم بلغه ولم يثبت عنده ، أم بلغه وثبت عنده إلا أنَّه تركه لدليل ترجح عنده وهو عمل أهل المدينة .

فهذه عدَّة مباحث :

الأول : ثبوت الكراهة لصوم ستة من شوال عن مالك وأبي حنيفة .

الثاني : هل المكروه صوم ستة من شوال ، أو وصلها برمضان .

الثالث : في السبب الذي من أجله كره مالك صوم تلك الأيام .

الأول : ثبوت ذلك عن الإمامين مالك وأبي حنيفة :

نسبة ذلك لمالك :

قال مالك في الموطأ : إنَّه لم ير أحداً من أهل العلم والفقه يصومه ، ولم يبلغني ذلك عن أحد من السَّلف ، وأنَّ أهل العلم يكرهون ذلك ، ويخافون بدعته ، وأن يلحق برمضان ما ليس منه أهل الجهالة والجفاء لو رأوا في ذلك رخصة عند أهل العلم ، ورأوهم يعملون ذلك[1] .

وقال ابن قدامة في المغني : صوم ستة من شوال مستحب عن كثير من أهل العلم وكرهه مالك .

وقال في عون المعبود شرح سنن أبي داود : وإلى صوم ستة من شوال ذهب الشَّافعي وأحمد وداود وغيرهم ، وقال أبو حنيفة ومالك : يكره صومها ، واستدلَّ لهما على ذلك بأنَّه ربما ظن وجوبها[2] .

---

(١) الموطأ باب جامع الصيام جـ١ ص٣١١ .

(٢) عون المعبود جـ٢ ص ٣٠٠ طبع الهند .

وقال الشَّاطبي : إنَّ أئمة المسلمين استمروا على هذا الأصل على الجملة ، وإن اختلفوا في التفاصيل ، فقد كره مالك وأبو حنيفة صيام ستة من شوال [١]، ومراده بالأصل : سد الذرائع إلا أنَّ الراجح في مذهب الحنفية والذي عليه المعوّل عدم كراهة ذلك ، والقول بالكراهة نسبه ابن عابدين في حاشيته لبعض الحنفية ، وذكر أنَّ علة الكراهة عند هذا البعض هي كون الصائم لها لا يؤمن أن يعد ذلك من رمضان كتعليل المالكية[٢] .

ما المكروه عند مالك ؟ :

المالكية في تعيين المكروه فريقان :

فريق يرى المكروه وصل الأيام الستة بشوال فحسب ، أمَّا صيامها من غير وصل فلا كراهة فيه ، وممن ذهب إلى هذا ابن العربي ، فقد جاء في عارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي له قوله : « وصل الصوم بأوائل شوال مكروه جداً ؛ لأنَّ النَّاس صاروا يقولون : تشييع رمضان » [٣].

وقال أبو عبد الله الخرشي : وهذا - أي كراهة صيامها - إذا صامها متصلة برمضان متواليةً مظهراً لا معتقداً سنية اتصالها ، وإلا فلا كراهة[٤] .

وفريق آخر يرى أنَّ الكراهة منصبة على صيام ست من شوال مطلقاً : متصلة أو منفصلة ، وممن ذهب إلى هذا القرافي ، قال في الذخيرة :

---

(١) الموافقات جـ٣ ص ٣٢٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص ١٧١ .

(٣) الحطاب على خليل جـ٢ ص ٤١٤ .

(٤) الخرشي على خليل جـ٢ ص ٢٤٣ .

« واستحب مالك صيامها في غير شوال خوفاً من إلحاقها رمضان عند الجهال »[1]، فقد استحب صيامها في غيره لا في شوال ، فإنَّ صومها فيه مكروه .

وذكر القاضي عياض الوجهين فقال : قال شيوخنا : إنَّمَا كره مالك صومها مخافة أن يلحق الجهلة برمضان ما ليس منه ... ويحتمل إنَّمَا كره وصل صومها بيوم الفطر فلو صامها أثناء الشهر فلا كراهة ، وهو ظاهر قول مالك ستة أيام بعد الفطر من رمضان[2] .

ما سبب الكراهة ؟

كما جاءت أقوال المالكية مختلفة في تعيين المكروه ، جاءت كذلك في سبب الكراهة ، سواءً قلنا : إنَّ المكروه هو وصلها برمضان ، أم صيامها مطلقاً وصلت أم قطعت .

فالذي يظهر من كلام جمع منهم أنَّ مالكاً لم يقل بكراهية صوم هذه الأيام إلا لسد الذريعة ، وليس حكمه بكراهتها لعدم مشروعيتها عنده ، بل يثبت مشروعيتها ، ويكره صيامها خشية ما يؤدِّي إليه ذلك من الممنوع ، وهو اعتقاد جعلها من رمضان .

قال مطرف : إنَّمَا كره مالك صيام ستة من شوال لذي الجهل لا من رغب في صيامها لما جاء في صيامها من الفضل[3] .

---

(١) الحطاب على خليل جـ٢ ص ٤١٤ .

(٢) الزرقاني على الموطأ جـ٢ ص ٢٠٣ .

(٣) المواق على خليل جـ٢ ص ٤١٥ .

وقال القاضي عياض نقلاً عن بعض شيوخه : إنَّمَا كره مالك صومها مخافة أن يلحق الجهلة برمضان غيره ، أمَّا صومها على ما أراده الشَّرع ، فلا يكره [1] .

وقال أبو عمر بن عبد البر[2] : كان مالك متحفظاً كثير الاحتياط في الدِّين ، والصيام عمل بر ، فلم يره من ذلك خوفاً على الجهلة كما أوضحه[3] .

فهذه النصوص كلها تفيد أنَّ الحديث بلغ مالكاً وصَحَّ عنده إلا أنَّه تركه لما في العمل به من المفسدة الراجحة على المصلحة ، وهو معنى سد الذريعة .

وقد جاء ما يفيد أنَّ سبب الكراهة غير ما تَقَدَّم ، فقيل : إنَّ مالكاً يرى الصوم ابتداعاً لا إذن فيه شرعاً ، وقيل : إنَّ ما ورد فيه لم يرق إلى أن يعمل به لما فيه من شوائب الضعف[4] ، وقيل : إنَّه يرى سلامته من ذلك ، لكن ثبت لديه ما هو أرجح منه ، وهو عمل مَنْ رأى من العلماء في المدينة فإنَّهم لم يصوموا تلك الأيام ، كما أنَّه لم يبلغه صومها عمن سلف من

---

(١) الزرقاني على الموطأ جـ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري المالكي الأندلسي ، الإمام الحافظ النظار ، شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها ، تفقه بابن الفرضي ، له تآليف كثيرة مفيدة ، مولده (٣٦٨هـ) ، وتوفي سنة (٤٦٣هـ) . شجرة النور ص ١١٩ .

(٣) الزرقاني على الموطأ جـ٢ ص ٢٠٣ .

(٤) قال الزرقاني : ووجه كونه لم يثبت عنده وإن كان في مسلم أنَّ فيه سعد بن سعيد ، ضعفه أحمد بن حنبل ، وقال النسائي : ليس بالقوي ، وقال ابن سعد : ثقة قليل الحديث ، وقال ابن عيينة وغيره : إنَّه موقوف على أبي أيوب ، أي وهو مما يمكن قوله رأياً إذ الحسنة بعشرة ، فله علتان : الاختلاف في راويه ، والوقف . الزرقاني على الموطأ جـ٢ ص ٢٠٣ .

الصحابة وكبار التابعين [1] ، وممن جوز عدم بلوغ الحديث إلى مالك وهو قوله ﷺ : « مَنْ صام رمضان ثُمَّ أتبعه ستاً من شوال كان كصيام الدهر »[2] ، المازري ، فقد قال عن بعض شيوخه : لَعَلَّ الحديث لم يبلغ مالكاً [3] ، وحكى ذلك القاضي عياض أيضاً [4] .

ومال الباجي إلى أنَّ سبب الرد هو اختلاف المحدثين في راوٍ من رواة هذا الحديث ، مع ترك أهل العلم العمل بمقتضاه ، قال الباجي : روى هذا الحديث سعد بن سعيد عن عمر بن ثابت عن أبي أيوب ، وسعد بن سعيد هذا ممن لا يحتمل الانفراد بمثل هذا ، فلما ورد الحديث على مثل هذا ووجد مالك علماء المدينة منكرين العمل بهذا احتاط بتركه لئلا يكون سبباً لما قاله [5] .

وممن ذكر الاحتمالات الثلاثة : القاضي عياض ، فقد قال بعد أن ذكر أنَّ مالكاً بلغه الحديث وصَحَّ عنده : وإنَّمَا منعه خشية اعتقاد الجهال إلحاقها برمضان ، قال بعد هذا : وقيل : لم يبلغه الحديث ، أو لم يثبت عنده ، أو وجد العمل على خلافه [6] .

---

(١) انظر : الزرقاني على الموطأ جـ٢ ص ٢٠٣ .
(٢) أخرجه أبو داود . انظره مع شرحه عون المعبود جـ٢ ص ٣٠٠ .
(٣) المواق على خليل جـ٢ ص ٤١٥ .
(٤) الزرقاني على الموطأ جـ٢ ص ٢٠٣ .
(٥) المنتقى شرح الموطأ للباجي جـ٢ ص ٧٦ .
(٦) الزرقاني على الموطأ جـ٢ ص ٢٠٣ .

موازنة بين كلام المالكية وإمامهم :

هذه وجهة نظر المالكية في سبب الكراهة ، وإذا نظر إلى ما قَدَّمْنَاه عن مالك في الموطأ لوجدناه محتملاً لذلك ، أعني لأن يكون سبب الكراهة عنده هو سد الذرائع مع ثبوت الحديث المتَقَدِّم لديه ، ولأن يكون سبب الكراهة غير ذلك ، وذلك لأنَّ قول مالك لم يبلغني عن أحد من السَّلف ، وقوله : لم ير أحداً من أهل العلم والفقه يصومها ، يحتمل أن يكون عدم نقل ذلك إليه عن السَّلف ، أو عدم رؤيته العمل بذلك عند أهل العلم ، يرجع إلى تركهم العمل بهذا الحديث لا لشيء إلا لخوف اعتقاد الجهلة وجوب صيام تلك الأيام ، فيكون تركهم للصيام سداً للذريعة ، كما يحتمل أنَّهم لم يبلغهم الحديث كما لم يبلغه أيضاً ، ويحتمل أنَّ الحديث بلغهم إلا أنَّهم لم يروا قيام الحجة به لما قَدَّمْنَاه من الكلام فيه ، ولَعَلَّ وجود هذه الاحتمالات هو الذي جعل الخلاف بين المالكية في سبب رد الحديث .

الراجح من هذه الاحتمالات :

بعد أن قَدَّمْنَا تلك الاحتمالات في سبب الكراهة عند مالك نرى أنَّ القول بأنَّ الكراهة سببها سد الذرائع فقط لا لشيء آخر في الحديث ، هو الراجح .

لأنَّ مالكاً قال : إنَّ أهل العلم يكرهون ذلك ويخافون بدعته ، وأن يلحق برمضان ما ليس منه أهل الجهالة والجفاء لو رأوا في ذلك رخصة عند أهل العلم ، ورأوهم يعملون ذلك .

وقوله هذا يفيد أنَّ خوف الابتداع الحاصل بصوم هذه الأيام ، أو

وصلها برمضان ناشىء عن ترخيص أهل العلم للجهال بالصوم ، أو عن صوم أهل العلم لها فيراهم الجهال فيصومون ، ثُمَّ يكون ذلك ذريعة إلى إلحاقهم لهذه الأيام برمضان من حيث الوجوب .

ومن المعلوم أنَّ أهل العلم إنَّمَا يرخصون أو يفعلون ما هو جائز ووارد شرعاً ، فإذاً ما يقلدهم فيه العامة ثابت شرعاً ، غاية الأمر أنَّ فعلهم له يؤدِّي إلى اقتداء العامة بهم ، فيكون ذلك ذريعةً إلى اعتقاد العامة وجوب هذه الأيام صياماً ، وكونها من رمضان فتركوا الجائز لذلك .

الذي يصلح هنا من هذه الاحتمالات :

بعد أن ذكرنا الاحتمالات المتَقَدِّمَة في سند الكراهة وسببها ، وبيَّنَّا ما ظهر لنا رجحانه ، نعود فنقول : إنَّ الذي يصلح هنا في تطبيق سد الذريعة، هو احتمال أنَّ الحديث ثابت وصحيح عند مالك ، وأنَّه إنَّمَا ترك العمل به هنا سداً للذريعة ، وقد قَدَّمْنَا أنَّ هذا الاحتمال هو الظاهر والمتبادر من كلام مالك في الموطأ .

أمَّا غيره من الاحتمالات فلا تصلح ؛ لأنَّ الحديث فيها إمَّا لم يسمع ، أو لم يحتج به ، إمَّا لضعفه ، أو لقوة غيره عليه . وفي جميع هذه الاحتمالات لم يثبت الدليل حتى نقول بتخصيصه بسد الذريعة .

وسد الذريعة لا يكون إلا حيث يكون الفعل الممنوع منه كان مشروعاً ، ثُمَّ منع منه لما يؤدِّي إليه من المفسدة ، إذ الذريعة ترك ما يجوز حذراً من الوقوع فيما لا يجوز . والله أعلم .

مذهب المجوزين لصيام ست من شوال :

لقد تَقَدَّم أنَّ الشَّافعي وأحمد وغيرهم يرون طلب صيام هذه الأيام ، ولا شَكَّ أنَّ سندهم في ذلك هو الحديث المتَقَدِّم المرغب في صيام ست من شوال . قال في عون المعبود : « وإليه - أي الاحتجاج بهذا الحديث - ذهب الشَّافعي وأحمد وداود وغيرهم »(١) .

وقال ابن قدامة : وهو مذهب كثير من أهل العلم ، ودليله ما روى أبو أيوب ، قال : قال رسول الله عليه الصَّلاة والسَّلام - وذكر الحديث - ، قال النَّووي : قال أصحابنا : يستحب صوم ستة من شوال وتتابعها لهذا الحديث ، وهذا لا خلاف فيه عندنا (٢) .

ووجه استدلالهم أنَّهم أخذوا بعموم الحديث الطالب للصَّوم ، ولم يخصوه بما إذا لم يكن الصَّوم ذريعة إلى الفساد ، بل عملوا به في جميع أحواله ، ولذا قال صاحب عون المعبود مؤيداً لوجهة نظر المجيزين ودافعاً لوجهة نظر غيرهم : واستدلَّ لمالك وأبي حنيفة على ذلك - أي كراهةالصوم - بأنَّه ربما ظن وجوبها ، وهو باطل في مقابلة السنة الصحيحة الصريحة (٣) .

فكلامه هذا يشير إلى أنَّه يعمل بهذا الحديث مطلقاً : خيف من العمل به الفساد أم لا .

---

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود جـ ٢ ص ٣٠٠ .

(٢) المجموع جـ٦ ص ٤٣٧ .

(٣) عون المعبود جـ٢ ص ٣٠٠ .

الرد على صاحب عون المعبود :

وقوله ببطلان ما ذهب إليه الإمامان- باطل ؛ لأنَّ تخصيص الأحاديث بالمصالح قد ثبت عن الصحابة والتابعين والأئمَّة المجتهدين ، منهم : الشَّافعي وأحمد ، اللذان انتصر لهما ، وأنَّ عدم عملهما به في هذه المسألة لا يدفع عنهم اعتراضه في غيرها .

أمَّا الصحابة فقد ثبت أنَّ ابن عباس ترك الأضحية مع ثبوت التضحية عنه عليه الصَّلاة والسَّلام ، وإنَّمَا تركها خوفاً من اعتقاد وجوبها .

وكذا روى ترك الضحية عن ابن مسعود ، كما قال الشَّاطبي [(١)] ، وهما من فقهاء الصحابة الأجلاء على أنَّ هذا الأصل- سد الذرائع – له شواهد كثيرة من أدلة الشَّرع لا تدع مجالاً للشَّك والريب ، كما تَقَدَّمَت باستفاضة . والله أعلم .

وجه كون هذه المسألة من باب سد الذرائع :

لقد اتضح مما قَدَّمْنَاه وجه كون هذه المسألة من سد الذرائع ، ذلك لأنَّ الصَّوم مطلوب بالحديث ، ومنع منه خوفاً من التوصل إلى مفسدة هي اعتقاد ما ليس بواجب ، وهو صيام الست .

أمَّا كون هذه المسألة فيها تخصيص فقد علم أنَّ الأصل طلب الصَّوم في جميع الأحوال ، كما ذهب إليه الشَّافعي ومن معه إلا أنَّ المصلحة اقتضت تخصيصه بغير الحالة التي يعتقد فيها وجوب ذلك الصَّوم . والله أعلم بحقيقة الحال .

---

(١) الموافقات للشاطبي جـ٣ ص ٣٢٥ ، وانظر تقريرات الشيخ دراز في نفس الصفحة .

المسألة الرابعة : قرض الجواري :

القرض هو : السلف ، وهو عند المالكية : دفع متمول ينتفع به المستقرض ، ثُمَّ يرده أو يرد مثله [1] ، وهو مندوب إليه عند الفقهاء لورود الترغيب فيه شرعاً ، إلا أنَّهم اختلفوا في جواز قرض الجواري لمن يجوز له وطؤهن ، فأجازه قوم ومنعه آخرون .

المانعون :

نقل ابن عبد البر منع قرضهن عن الجمهور ومالك والشَّافعي -رحمهما الله تعالى- ، فقد قال : ويمنع قرضهن قاله الجمهور ومالك والشَّافعي ؛ لأنَّ الفروج لا تستباح إلا بنكاح أو عقد لازم ، والقرض ليس بعقد لازم ، لأنَّ المقترض يرد متى شاء [2] .

وقال الباجي : قال بعدم جواز قرض الإماء أبو حنيفة والشَّافعي والجمهور [3] ، ونقل ذلك ابن قدامة أيضاً عن مالك والشَّافعي [4] .

وقال مالك في الموطأ : الأمر المجمع عليه عندنا أنَّ من استسلف شيئاً من الحيوان بصفة وتحلية معلومة ، فإنَّه لا بأس بذلك وعليه أن يرد مثله ، إلا ما كان من الولائد فإنَّه يخاف في ذلك الذريعة إلى إحلال ما لا يحل ، فلا يصلح ، وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية فيصيبها ما

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٣ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

(٢) الزرقاني على الموطأ جـ٣ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ .

(٣) المنتقى شرح موطأ مالك جـ٥ ص ٩٩ .

(٤) المغني لابن قدامة جـ٤ ص ٣١٦ ، ٣١٧ .

بدا له ، ثُمَّ يردها إلى صاحبها بعينها ، فذلك لا يصلح ولا يحل ، ولم يزل أهل العلم ينهون عنه ولا يرخصون فيه لأحد[١] .

وقال الزركشي نقلاً عن الشَّافعي في الأم في منع قرض الجواري التي يحل للمقترض وطؤهن : وتجويز ذلك يفضي إلى أن يصير ذريعة إلى أن يطأها وهو يملك ردها[٢] .

وفسر المحاملي عبارة الشَّافعي بقوله : « يعني أن يستبيح بالقرض وطء الجارية ثم يردها على المقرض فيستبيح الوطء من غير عوض ، قيل : وفيه من الذرائع »[٣] .

المجيزون :

أجاز قرض الجواري اللائي يحل وطؤهن للمقترض : داود وابن جرير ، وهو مذهب أحمد حسبما اختاره ابن قدامة في المغني ، واختار غيره من الحنابلة موافقة أحمد للجمهور كما تأتي عبارته ، وقال به المزني من الشَّافعية ، قال الزرقاني : وأجاز داود والمزني وابن جرير استقراض الإماء[٤] .

وقال ابن قدامة في مغنيه : فأمَّا بنو آدم فقال أحمد : أكره قرضهم ، فيحتمل كراهية تنزيه ، ويصح قرضهم ، وهو قول ابن جرير والمزني .

---

(١) الموطأ جـ٢ ص ٦٨٢ ، ٦٨٣ .

(٢) البحر المحيط للزركشي جـ٣ مبحث سد الذرائع .

(٣) المصدر السابق جـ٣ مبحث سد الذرائع .

(٤) الزرقاني على الموطأ جـ٣ ص ٣٣٧ .

ويحتمل أنَّه أراد كراهة التحريم ، فلا يصح قرضهم ، اختاره القاضي ... ويحتمل صحة قرض العبيد دون الإماء ، وهو مذهب مالك والشَّافعي .

ثُمَّ استدلَّ على ما اختاره من أحد الاحتمالين بقوله : ولنا أنَّه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبيد والإماء كسائر العقود [1] .

فأفادت عبارته أنَّ قرض الآدميين ذكراناً وإناثاً يحتمل أن يكون جائزاً في مذهب أحمد ، ويحتمل أن يمنع ذلك ، وهو مختار القاضي ، أمَّا ابن قدامة فاختار الجواز مطلقاً ، لا فرق بين إماء وعبيد ، خلافاً لمالك والشَّافعي اللذين قصرا الجواز على العبيد دون الإماء ، وخلافاً لغيره - أي ابن قدامة - من الحنابلة الذي منع القرض مطلقاً في الذكور والإناث .

***

(١) جـ٤ ص ٣١٧ .

المبحث الثالث
في مراعاة الخلاف

قد قَدَّمْنَا أنَّ الفقيه قد يعدل في بعض الأحيان عن مذهب راجح إلى مذهب مرجوح ؛ لما في هذا العدول من تحقيق مصلحة لا تحصل لو عمل بمقتضى القول الراجح أو المشهور ، وقلنا : إنَّ هذا السلوك من المجتهد ، يسمى مراعاة الخلاف ، كما قَدَّمْنَا أيضاً أنَّ الذي يدخل معنا في بحثنا من مراعاة الخلاف هو ما كان القول الضعيف فيه المرجوح المعدول إليه ، دليله المصلحة المرسلة . ومما جاء مخرجاً على ذلك مسائل ، منها :

المسألة الأولى : الإجارة بأجر مجهول :

فقد أجاز ابن القاسم أن يؤاجر الخياط على خياطة ثوب أو قميص من غير تسمية أجر ، في حالة خاصة ، وهذا مخالف للقول المشهور ، إذ الراجح والمشهور أنَّ الإجارة لا تصح بالأجر المجهول لنهيه عليه الصَّلاة والسَّلام عن استئجار الأجير حتَّى يبين له أجره ، وقد مَرَّ الحديث في هذا ، فأخذ جمهور المالكية بمقتضى هذا الحديث ، ومنعوا الإجارة بأجر مجهول، وجوزها بعض المتأخرين للضرورة والحاجة ، وخصص هذا الدليل بغير مواطن الحاجة والضرورة كما تَقَدَّم .

وما قَدَّمْنَاه عن ابن القاسم من جواز الإجارة بالأجر المجهول ، هو أحد روايتيه عن مالك ، وهي مقابلة للمشهور .

فلو رأى فقيه أنَّ في اتباع قول ابن القاسم المقابل للمشهور مصلحة

ودفع مضرة ، وأنَّ الجريَ وراء المشهور بإطلاق يوقع النَّاس في مشقة ، لكان في صنيعه هذا مراعياً للخلاف لتركه الفتوى بالقول الراجح إلى الفتوى بالقول المرجوح ؛ لما تضمنه من مصلحة لا تحصل لو حكمنا بمقتضى المشهور ، يقول التسولي عند قول ابن عاصم في تحفته :

العمل المعلوم من تعيينه يجوز فيه الأجر مع تبيينه

أي تبيين جنس الأجر وقدره وصفته ومفهومه إذا لم يبين قدر الأجر لم يجز ، وهو كذلك على المشهور ، وروى ابن القاسم أنَّه لا بأس باستعمال الخياط المخالط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر فإذا فرغ أرضاه بشيء »[1] .

والذي يفهم من سياق كلام التسولي أنَّ سند هذا الرأي المقابل للمشهور المصلحة ؛ لأنَّه ضم له نظائر محكوماً فيها بالمصلحة كأجرة السفينة بجزء من ربح ما حمل عليها من بضائع[2] .

المسألة الثانية : جعلهم القول للمغصوب منه بيمينه في قدر المغصوب :

المشهور في مذهب مالك - رحمه الله تعالى - أنَّه إذا ادَّعى شخص على شخص أنَّه غصب منه مبلغاً قدره كذا مثلاً ، وخالفه الغاصب ، وقال : بل ما غصبه أقل من ذلك ، أنَّ القول للغاصب بيمينه ، قال

---

(١) انظر : التسولي جـ٢ ص ١٨١ ، وانظر : حلى المعاصم للتاودي على النظم المتقدم بهامش التسولي جـ٢ ص ١٨١ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

التسولي : وإذا تنازع الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب وعدمه ، أو في قدره أو صفته ، فالقول قول الغاصب بيمينه[1] .

وهذا إن جاء الغاصب في قوله بما يشبه الحق ، بل قد قال أشهب : يصدق مطلقاً أشبه أم لم يشبه ، ثُمَّ قال التسولي بعد ذلك : وما ذكر من أنَّ القول للغاصب في القدر والوصف هو المشهور ، ولكن عمل فاس على خلافه[2] .

وهذا المشهور يشهد له الدليل ، وهو قوله عليه الصَّلاة والسَّلام : « البينة على مَنْ ادَّعى ، واليمين على مَنْ أنكر »[3] ، وهنا المغصوب منه مدَّعٍ ، والغاصب منكر .

ومقابل المشهور يقول : إنَّ القول للمغصوب منه ولا قول للغاصب .

ومما ضرب مثالاً لذلك ما قاله التسولي : إن والد القتيل إذا ادَّعى دراهم من جملة المنهوب ، وأنكرها القاتلون ، فالقول قول والد القتيل ، قال قاضي الجماعة أبي القاسم ابن النعيم ما نصُّه : « الذي جرى به العمل عندنا في هذه النازلة ومثلها ، أنَّ القول قول والد القتيل مع يمينه ، والظالم أحق أن يحمل عليه ، وإن كان المشهور خلافه ، وكم من مسألة جرى

---

(١) انظر : متن تحفة الحكام وشرحها للتسولي جـ٢ ص ٣٤٦ .

(٢) المرجع السابق جـ٢ ص ٣٤٦ .

(٣) حديث حسن ، رواه البيهقي بلفظ : « البينة على المدَّعي ، واليمين على من أنكر » ، وفي الصحيحين : « واليمين على المدعى عليه » ، ورواه أبو داود والترمذي وأخرجه الدارقطني . انظر : كشف الخفا جـ١ ص ٣٤٢ ، ٣٤٢ ، وانظر : بداية المجتهد في هذا جـ٢ ص ٤٣٦ .

الحكم فيها بخلاف المشهور ، ورجحها العلماء للمصالح العامة »[1] .

وقد ذكر الحطَّاب أنَّ القول المقابل للمشهور مروي عن مالك ، فقد سئل فيمن دخل عليه السراق فسرقوا متاعه وانتهبوا ماله ، وأرادوا قتله فنازعهم وحاربهم ، ثُمَّ ادَّعى أنَّه عرفهم ، أو لم يعرفهم ، أهو مصدق عليهم إذا كانوا معروفين بالسرقة مستحلين لها ؟ قال : هو مصدق[2] .

وقد وصف بعض العلماء ما نسبه الحطَّاب لمالك بأنَّه مخالف للقواعد والأصول ، فلا يعبأ به ويجب رده .

وردَّ عليهم في هذا بأنَّ مخالفته للأصول إذا نظرنا إلى المشهور وأنَّه محقق للمصلحة ، أمَّا إذا رأينا العمل بمقتضى المشهور قد تقاعس عن تحصيل هذه المصلحة ، فليس في العمل بغير المشهور إذاً خروج عن الأصول والقواعد ، ذلك لأنَّ المشهور إنَّمَا يعمل به ويترك غيره لو كان الأصل في النَّاس عدم التعدي والظلم ، أما وقد صار في هذا الزمان الغالب والكثير التعدي والظلم ، كان من الواجب الحمل على الظالمين ؛ لئلا تضيع حقوق النَّاس .

قال التسولي : وما نقله بعض العلماء من أنَّ ما ذكره الحطَّاب مخالف للأصول لا يقدح في العمل المذكور ، لأنَّ ما قاله من مخالفة الأصول إنَّمَا هو إذا روى المشهور ، وهم قد قالوا : إنَّ هذا العمل مخالف للمشهور ،

---

(١) التسولي على العاصمية جـ٢ ص ٣٤٦ .

(٢) المرجع السابق جـ٢ ص ٣٤٧ .

فهم معترفون بمخالفته للأصول ، وإنَّمَا ارتكبوه للمصلحة من عدم ضياع الحقوق ، وذلك أنَّ الأصل عدم التعدي والظلم ، ولكن لـمَّا كثر كُلٌّ منهما في هذا الزمان وغلب ، أجروا الأحكام على مقتضاه ، وحملوا النَّاس عليه لئلا تضيع الحقوق ، لأنَّ الأصل والغالب إذا تعارضا فالحكم للغالب؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾[1] ، أي احكم به[2] .

ثُمَّ قال - أي التسولي - : وإذا علمت هذا فما جرى به العمل له مستند صحيح لا يختلف فيه اثنان ، وله أصل أصيل في الشَّريعة .

والعمل بمقتضى القول الضعيف في فاس حدث بعد عصر المنكرين ، ولو كانت القبائل والنَّاس في زمانهم على ما هم عليه الآن في وقت جريان العمل المذكور ، وما وسعهم أن يقولوا بمخالفته للأصول لاعترافهما بأنَّ الحكم للغالب ، ثُمَّ قال : وإنَّمَا أطلنا الكلام في هذه المسألة لأجل استبعاد كثير من الإخوة ما جرى به العمل لضعف مستنده عندهم[3] .

ويفهم من قول ابن النعيم : رجحها العلماء للمصالح العامة . وقول خصومه : إنَّ هذا خروج عن الأصول . أنَّ هذه المسألة لا دليل فيها خاص وإنَّما دليلها المصلحة ، وتحمل فتوى مالك التي هي مستند القول الضعيف على أنَّه حكم فيها بالمصلحة المرسلة .

فعلى هذا يكون هنا ترك لدليل راجح إلى دليل مرجوح ، سنده

---

(١) سورة الأعراف : الآية ١٩٩ .

(٢) التسولي على العاصمية جـ٢ ص ٣٤٨ .

(٣) المصدر السابق .

المصلحة المرسلة ، وقد صار قوياً عند حصول الحوادث الموجبة للإفتاء بمقتضاه .

وفي هذا أيضاً مصلحة استحسانية ، لأنَّ الدليل الراجح يوجب الإفتاء بمنع الحكم مطلقاً ، خصَّه العلماء بغير هذه الحالة التي حكموا فيها بالضعيف وهي انتشار الظلم في الآونة المتأخرة ، روماً لدفع الحرج والمشقة عن النَّاس . والله أعلم .

المسألة الثالثة : شهادة غير العدول على السراق :

من المعلوم أنَّه يشترط للشهادة العدالة ؛ لقوله تعالى : ﴿ **مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ﴾[1]، وقوله تعالى : ﴿ **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ** ﴾[2].

فإذا رأينا شهادة خلت من هذه الصفة ، فهي باطلة ، اللهم إلا إذا لم تمكن هذه الأوصاف ، وصار في إيقاف الحكم على وجودها مفسدة عظمى ، فهنا يعمل بشهادة غير العدول ، الأمثل فالأمثل مراعاة للمصلحة وارتكاباً لأخف الضررين .

وبناء على هذا كان المشهور في مذهب مالك اشتراط العدالة في الشهود ، ومقابل المشهور يسقط اشتراط ذلك في بعض الأحوال .

وقد عمل النَّاس في بعض الأزمنة بمقابل المشهور ابتغاء المصلحة الراجحة ، ذكر في الدرر المكنونة في نوازل مازونة عن سحنون ، أنَّه قال : تجوز على السَّارق شهادة الصبيان والرعاة إذا عرفوه ، وقالوا : فلان رأيناه

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٢) سورة الطلاق : الآية ٢ .

سرق دابة فلان ، وتجوز عليهم شهادة السيَّارة : عدولاً كانوا أو غير عدول، وليس قول من قال : « لا يجوز عليهم إلا العدول » بشيء عندنا ، وقد سئل مالك عن مثل هذا الأمر في لصوص أهل الحجاز وبرابر برقة ، فقال : تجوز عليهم شهادة مَنْ لقيهم من النَّاس ، فقيل له : إنَّهم غير عدول، قال : وأين يوجد العدول على مواضع السَّارق واللص ، وإنَّمَا يتبع اللص والسارق الخطوات التي ليس فيها العدول ... ونحوه في تنبيه الغافل قائلاً : تقبل شهادة غير العدول على السَّارق : سواء كان الشاهد رجلاً أو امرأة ، ولو لم يغرم السَّارق واللص إلا بشهادة العدول لم يغرم السَّارق أبداً [1] .

قال الشيخ مصطفى الرماصي معترضاً على العمل بخلاف المشهور : وهذا كله على خلاف المشهور [2]، ومن قال بغير المشهور إنَّمَا اضطر إلى ذلك لعدم إمكان العدول في تلك المواطن ومراعاة للاحتياط في أموال النَّاس ، فلا يصح الاعتراض عليهم ، والقائلون بالعمل المذكور إنَّمَا بنوه على مراعاة تلك المصالح والضرورات ، ومراعاة العرف في زمنهم ، ورأوا أنَّ الشهرة بالفساد تنزل منزلة التحقيق ، وأنَّ ارتكاب المشهور في الزمان الذي غلب على أهله الفساد يفضي إلى سفك الدماء وغصب الأموال كما هو مشاهد بالعيان [3] .

---

(١) التسولي على العاصمية جـ٢ ص ٣٥٠ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) المصدر السابق جـ٢ ص ٣٥٠ ، وقد نقل القرافي عن نوادر ابن أبي زيد أنَّ شهادة غير العدول تجوز للضرورة . انظر : تنقيح القرافي وشرحه ص ١٦٩ .

فثبت بهذا الذي قَدَّمْنَاه أنَّ العمل بمقتضى المشهور على الدوام في جميع الحالات يؤدِّي بالنَّاس إلى المشقة والحرج ، فيعمل به حيث لا يؤدِّي إلى ذلك ، فإذا كان أداؤه حتمياً عدل عنه إلى القول الضعيف المستند للمصلحة ، كما مَرَّ في النص ، فصار في هذا عدول عن راجح إلى مرجوح للمصالح ، والقول المرجوح دليله المصلحة ، فصار هنا ترك دليل راجح أولاً إلى مرجوح ترجح ، وسند هذا المرجوح المصلحة . وهذا هو الاستحسان .

***

خاتمة البحث

هذا ما انتهيت إليه في المصلحة المرسلة والاستحسان بعد مضي وقت طويل قضيته في هذا البحث بين أحضان الكتب وطوايا المخطوطات ، ودقائق الحواشي والتقارير ، وبعد تلك الليالي والأيام التي كانت النفس فيها تتردد بين اليأس والرجاء أمام تلك الطلاسم والألغاز ، فتارةً تقَدِّم وأخرى تحجم ، وتنبسط حيناً وتنقبض أحياناً ، وكيف لا يكون هذا حالها وهي تنشد ضالة بين تلك السهول والوعور ، وقلل الجبال والقفار .

والرجل حافية ومالي مركب

و الكفّ صفر والطريق مخوف

إلى أن انتهيت بحمد الله وتوفيقه بلا حول ولا قوة مني إلى ما انتهيت إليه في هذا البحث .

والكلام في هذه الخاتمة على أمرين :

الأول : نبذة مختصرة عما اشتملت عليه هذه الرسالة .

والثاني : ما توصلت إليه من رأى ونتائج في هذا الموضوع .

أمَّا الأمر الأول فأجمل فيه خلاصة تلك السفرة الطويلة التي تتمثل في: تمهيد وثلاثة أبواب .

تكلمت في التمهيد على الدليل عند اللغويين والأصوليين وأنواعه ، والمتفق عليه منها ، والمختلف فيه ، ومراتبه في الاحتجاج .

ثُمَّ تكلمت على المصلحة لغة ببيان إطلاقاتها اللغوية ، وأنَّها ترجع إلى

أربعة أقسام أو خمسة ، وأنَّ المناسب منها لاصطلاح أهل الأصول معنيان :

أولهما : كونها مصدراً بمعنى الصلاح .

وثانيهما : كونها وسيلة للشيء وطريقاً له .

وبعد أن فرغت من الكلام عليها لغة ، تكلمتُ عليها في اصطلاح أهل الأصول ، وبينت أنَّ لها معنيين :

أحدهما : الحكمة والثمرة المترتبة على الأحكام الشَّرعية .

وثانيهما : ما يؤدِّي إلى تلك الحكمة من أوامر الشَّرع ، وتكاليفه ، وأحكامه ، وزواجره .

ولما كان الحكم على المصلحة بكونها دليلاً شرعياً ، أو ليست بدليل يتوقف على مدى اعتبار الشَّارع لقضيتها ومراعاته لها في أحكامه وشرائعه وعدم اعتباره ، رأيتُ أن أعقد مبحثاً أتكلم فيه على موقف العلماء من هذه القضية ، وأبين مذاهبهم وطرقهم ووجهة نظرهم في ذلك . فاتضح لي من خلال البحث والتفتيش أنَّهم تجاه هذا الأمر -أي مراعاة الشَّارع للمصالح- فرق شتَّى وطرائق قدداً ، فهم بين مانع للتعليل في جميع صوره وأحواله . كان المعلل به بواعث وأغراضاً ، أو فوائد وحكماً : كان ذلك على سبيل الوجوب واللزوم أم على سبيل التفضل والإحسان .

وبين مجيز لتعليل الأحكام بالمصالح ومراعاة الباري للمصالح في أحكامه ، لكنه يجعل هذا التعليل تعليلاً بالحكم والفوائد لا البواعث والأغراض ، كما يرى أنَّ ذلك التعليل تفضل منه سبحانه وتعالى بلا وجوب ولا لزوم ، وهم جمهور الأشاعرة .

وفريق ثالث منهم يرى أن لا مانع من تعليل أحكام الله تعالى وأفعاله بالأغراض والبواعث ، إلا أنَّه يرى ذلك على سبيل التفضل والإحسان منه تعالى ، لا على سبيل الحتم والوجوب ، وهم الماتريدية .

والفريق الأخير وهم المعتزلة ، يرى تعليل أحكام الله تعالى وأفعاله بالبواعث والأغراض ، كما يرى أنَّ هذا التعليل شيء لا بد منه لا يتخلف عن أحكامه وأفعاله ، ولا يجوز أن يتخلف عنها ، وهو ما عبرنا عنه فيما سبق بالوجوب .

ثُمَّ تكلمت بعد ذلك على أقسام المصلحة : فقسمتها من جهة تفاوت أفرادها فيها قوةً وضعفاً ، ومن جهة قيام شواهد الشَّرع وأدلته عليها إذناً ومنعاً ، وعدم ذلك .

فقسمتها بالنسبة للجهة الأولى إلى :

ضرورية : لابد من حصولها بحيث يترتب على فقدانها وانعدامها انهيار هذا الوجود ، وعدم انتظامه .

وإلى حاجية لا ترقى إلى مرتبة الضرورية ، إلا أنَّها تليها في الأهمية ؛ لأنَّه بتوافرها ووجودها تنتظم الحياة انتظامها المطلوب الذي تكون به حياة لا تعب فيها ولا نصب .

والقسم الأخير هو المصلحة التحسينية ، وهي ما لم تبلغ في الأهمية مبلغ سابقتيها ، إلا أنَّها تطلب الترفيه والتزيين والتوسعة والانبساط .

ثُمَّ اتبعت كل قسم من هذه الأقسام بما يكمله ويتممه بحيث يكون

وجود كل من هذه الأقسام بدون ذلك المكمل والمتمم عرضة للضياع والزوال .

أمَّا بالنسبة للجهة الثانية للمصلحة فقسمتها - أي المصلحة - إلى : مصلحة معتبرة ، وملغاة ، ومرسلة . ثُمَّ بينت المعايير والضوابط التي اتخذها العلماء للتميز والفصل بين هذه الأقسام .

وقد قَدَّمْتُ على هذا التقسيم الأخير - تقسيم الوصف المناسب ، فقسمته كما قسمت المصلحة إلى : وصف معتبر ، وملغى ، ومرسل . وبينت مناهج العلماء فيه ، وقارنتُ بين هذه المناهج والطرق ، وأقرب هذه الطرق وأنسبها بالواقع وأبعدها عن الخيال والغرض .

أمَّا الباب الأول فتكلمت فيه على حقيقة المصلحة المرسلة عند الأصوليين ، مستنبطاً لتلك الحقيقة من تعريفاتهم للوصف المرسل ، ثم ذكرت خلافهم في المختلف فيه : هل هو كل ما يسمَّى مصلحة مرسلة ؟ أو بعض ذلك هو الذي جرى فيه الخلاف ، والبعض الآخر متفق على ردِّه ؟ وأوردت آراء العلماء في ذلك .

ثُمَّ انتقلت من ذلك لاستقراء جميع المذاهب في المصلحة ، مع تحرير نسبةكل مذهب لقائله ، وانتهيت من هذا إلى أنَّ مذاهب الأصوليين في المصلحة تنحصر في ستة مذاهب :

الأول : القول بها مطلقاً بجميع أنواعها : ضرورية ، أو حاجية ، أو تحسينية . وفي جميع أفرادها كانت قريبة من الأصول الخاصة المعينة أو بعيدة منها ، ونسب لمالك وغيره من الأئمة .

الثاني : رفضها مطلقاً بجميع أنواعها وأفرادها ، واشتهرت نسبته للقاضي وهو مذهب الظاهرية .

الثالث : القول بها مطلقاً بشرط قربها من الأصول الخاصة المعينة ، وهي : الكتاب والسُّنة والإجماع والقياس ، وهو مذهب الشَّافعي عند إمام الحرمين .

الرابع : القول بها إن كانت ضرورية أو حاجية فحسب ، وهو للغزالي في شفاء الغليل .

الخامس : القول بها إن كانت ضرورية فقط ، لكن بشرط كونها كلية قطعية ، وهو مذهب الغزالي في المستصفى .

السادس والأخير : القول بها في جميع أنواعها وبجميع أفرادها ، وتقديمها على النصوص والإجماعات ، سواءً في ذلك تقديمها بطريق التخصيص والتقييد ، أو بطريق التعطيل لجميع مدلول الأدلة : وقد انفرد به الطُّوفي أولاً ، ومال إليه بعض الكتاب المحدَثين .

وقد حرصتُ في كل ذلك أن آخذ المذاهب من كتب أصحابها ، متتبعاً في ذلك كلامهم حرفاً بحرف حتَّى أعرض فكرة صاحب المذهب ومذهبه بجميع ما يحتوي عليه من قيود وشروط .

ثُمَّ ذكرتُ أدلة كل مذهب على ما ذهب إليه ، وناقشتها مبيناً ما هو أقوى حجة في ذلك .

وفي الباب الثاني تكلمتُ على الاستحسان وبينت معناه وأقسامه ،

وأنَّهَا ثلاثة : مردود ، ومقبول ، ومختلف فيه ، وآراء العلماء في هذا وأنواعه .

وبدأتُ في الفصل الأول بالكلام على المردود وبينتُ أنواعه .

وحققتُ القول فيما حكي من قول بعض الأئمَّة ببعض الأنواع المردودة ، وكشفتُ عن مدى صحة هذه النسبة إلى ذلك البعض ، وفرغت من ذلك إلى أنَّ الحق : أنَّ الاستحسان الذي حكي الاتفاق على ردِّه ، تصح تلك الحكاية إن كانت يراد بها أنَّه لم يذهب أحد من الأئمَّة إلى القول بالاستحسان - بمعنى اتباع الهوى من غير حجة شرعية - لم يذهب إلى ذلك عن قصد وعمد لا عن خطأ ، فقد يحصل أن يحكم البعض بما مقتضاه حكم بالهوى ، ويجيئ ذلك نتيجة الخطأ في تطبيق دليل من الأدلة المقبولة اتفاقاً .

أمَّا القصد إلى هذا النوع المذموم ، وهو القول في شرع الله بلا علم فلا أحد يقول به من أهل السنة والجماعة .

وضمنت الفصل الثاني الكلام على الاستحسان المتفق عليه ، فاستقريت أنواعه كلها ، وأنَّ الأمر ينتهي فيه إلى أنَّه استعمال دليل من الأدلة المتفق عليها في تخصيص غيره من الأدلة - أي هو عبارة عن تخصيص الأدلة ببعضها البعض ، وأنَّ تسميته استحساناً لا تحمل أي معنى آخر يزيد على الأدلة المتفق عليها .

وفي الفصل الثالث تكلمتُ على الاستحسان المختلف فيه ، وهو المقصود بالذات من هذا الباب ، فذكرتُ تعريفه وأقسامه باعتبارات

مختلفة ، ورأي العلماء فيه ، وأنَّهم فريقان : مجيزون ومانعون . وتقسيم كل فريق إلى أقسام : فذكرتُ أنَّ المجيزين بعضهم أجازه في جميع أنواع المصلحة المرسلة ، وبعضهم خصَّه ببعضها ، كما أنَّ المانعين فريقان أيضاً : فريق يرى المنع من الاستحسان كما يرى المنع من المصالح المرسلة التي هي قسيمته ، وفريقاً يرى منع الاحتجاج بالاستحسان ، مع اعترافه بالمصلحة دليلاً . وأوردت أدلة كل فريق ، ورجحت من ذلك ما ساعده الدليل .

ثُمَّ تعرضت في آخر هذا الفصل إلى كلام بعض الباحثين المحدثين وأنَّهم حول الاستحسان فريقان : مفرطون ومتجاوزون للحد في استعماله، ومفرطون أغلقوا الباب دون استعماله وجعله دليلاً شرعياً . وذكرت آراءهم وحججهم فيما ذهبوا إليه ، وعقبت على ذلك بالنقض والإبطال ، وأوضحتُ أنَّ كلا الفريقين قد حاد عن الصواب والواقع .

وتكلمتُ في الفصل الرابع والأخير على ما اندرج تحت الاستحسان المختلف فيه من أنواع ، وذكرتُ لذلك ثلاثة أنواع : رفع الحرج ، وسد الذريعة ، ومراعاة الخلاف ، وبينت آراء العلماء في كل نوع ودليلهم ، كما أوضحت أنَّ اختلافهم في بعض أنواع الاستحسان لا يقدح في اتفاقهم على أصل القول به .

أمَّا الباب الثالث فعقدته للدراسات التطبيقية لهذين الأصلين : المصالح المرسلة والاستحسان ، فأوردتُ بعض الفروع المخرجة على هذين الأصلين ، وذكرتُ وجه تخريجها عليهما ، كما ذكرت رأي العلماء المخالفين في هذه الفروع وحجتهم ، وموقف القائلين بهذه الفروع من رأي

خصومهم ، مبيناً في كل مسألة أوردها موقف كل مذهب من مذاهب العلماء في المصلحة ، مبيناً نوعها في كل مثال أورده ، وهل هي من المصالح المرسلة أو من الاستحسان إلى غير ذلك من التعليل والتوجيه .

الأمر الثاني من الأمرين :

لقد تَقَدَّم الكلام على أهم ما اشتمل عليه هذا البحث ، وهو عبارة عن رؤوس مواضيع يشار بها إلى ما اشتمل عليه هذا البحث إجمالاً . وهنا أريد أن أسجل ما أراه في هذا الموضوع مستنبطاً له من خلال آراء العلماء المبثوثة في هذا البحث ، فأقول :

أولاً : إنَّ من المتفق عليه أنَّ أفراد وجزئيات المصلحة المرسلة متفاوتة في القرب والبعد بالنسبة للأصول المعينة ، والأدلة الخاصة الجزئية ، فبعض تلك الجزئيات أقرب إلى الأدلة الجزئية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وبعضها قريب ، وبعضها بعيد ، وبعضها أبعد .

والذي أراه أنَّ جميع هذه الجزئيات من المصالح على اختلاف مراتبها في القرب والبعد مستوية في الحكم ، أعني الاحتجاج بها أو عدم الاحتجاج بها ، فمن أخذ بالمصلحة لا مفر له من الأخذ بجميع أفرادها وجزئياتها ، ومَنْ ردها لا مناص له من رد الجميع ، لأنَّ التفرقة بين هذه الجزئيات لا تنبني على أساس معتبر ، ومن ثم لا أرى التفرقة بينها في الحكم .

والدليل على ذلك أنَّ أصل حقيقة المصلحة المرسلة متوفر في جميع

هذه الأفراد ، ذلك لأنَّ كل واحد منها يصدق عليه أنَّه مصلحة مرسلة لم يقم دليل معين من الشَّرع على اعتبارها ولا على إلغائها ، وأنَّها لا تخرج عن أن تكون مندرجة تحت كلي الشريعة ، وهو مطلق المصلحة المرعية شرعاً ، نعم هناك فروق في الأفراد من حيث قربها وبعدها من الأدلة ، المعينة الخاصة ، إلا أنَّ هذه الفروق ليست فارقة بين هذه الجزئيات ، ولا تحدث تغييراً يمنع من تساوي تلك الأفراد في الحكم .

وإذا كانت هذه الجزئيات كذلك - أي متساوية في أصل الحقيقة - فلتقبل جملة أو ترد جملة ، فليس هناك إذاً معنى للتفرقة بينها من جهة القرب والبعد من الأصول الخاصة .

ولذا أرى القول بها بجميع مراتبها ، ويؤيد هذا قول الأبياري- وهو ينتصر لمذهب مَنْ يعملون جميع أفراد المصالح - راداً على إمام الحرمين - قائد فريق التفرقة بين أفراد المصالح - : وما ذهب إليه الشَّافعي هو عين مذهب مالك ، وقد رام الإمام التفريق بين المذهبين وهو لا يجد لذلك سبيلاً أبداً ، ثُمَّ يقال له : ما ذكرت من التقييد لقول الشَّافعي من التقريب من قواعد الشَّريعة ، ما مأخذه ؟ وما المراد به ؟ وفي أي جهة يشترط التقارب ؟ أفي مجرد المصلحة ، أم في وجه آخر أقرب من ذلك ؟ فإن اكتفى بمجرد التقارب في المصلحة أعملت جميع المصالح ، وإن اشترط الاشتراك في الوجه الأخص ، فهو المؤثر بعينه ، وبين الدرجتين رتب في القرب والبعد لا تنضب بحال[1] .

---

(١) انظر : شرح حلولو على جمع الجوامع ص ٢٢٨ .

كما يؤيد هذا ما ذهب إليه البغدادي في جنة الناظر حيث قال : « لا يظهر مخالفة الشَّافعي لمالك في المصالح ، فإنَّ مالكاً يقول : إنَّ المجتهد إذا استقرى موارد الشَّرع ومصادره أفضى نظره إلى العلم برعاية المصالح في جزئياتها وكلياتها ، وأن لا مصلحة إلا وهي معتبرة في جنسها ، لكنه استثنى من هذه القاعدة كل مصلحة صادمها أصل من أصول الشَّريعة .

وما حكاه أصحاب الشَّافعي عنه لا يعدو هذه المقالة إذ لا أخص منها إلا الأخذ بالمصلحة المعتبرة بأصل معين ، وذلك مغاير للإرسال الذي اعتقدوه مذهباً ، فإنَّ مَنْ أخذ بالمصلحة غير المعتبرة ، فقد أخذ بالمرسلة التي قال بها مالك ، إذ لا واسطة بين المذهبين [1] .

وبهذا يظهر مرجوحية ما ذهب إليه إمام الحرمين من التفرقة ، وما ذهب إليه كُلٌّ من الشَّاطبي وصاحب المسلم وشرحه ، وابن الحاجب والبدخشي من تقسيم المصلحة المرسلة إلى قسمين ، وحصر الخلاف بين العلماء في القسم الذي أطلقوا عليه ملائماً ، وحكايتهم الاتفاق على رد القسم الثاني الذي أطلقوا عليه غريباً ، كما تَقَدَّم ذلك .

ثانياً : أنَّ جميع ما استشهد به إمام الحرمين ، وما قاله عن مالك من عدم تقيده بما سمَّاه بالمصالح القريبة ، هو في الواقع ليس من محيط المصلحة المرسلة مطلقاً : قريبة من الأدلة أو بعيدة منها ، ولا ينطبق على فرد من أفرادها ، وإنَّمَا هو نوع مباين للمصلحة المرسلة بحذافيرها كل المباينة ، بل هو من أقسام الملغى ، فحينئذ إمَّا أن يكون هذا خلط بين

---

(١) البحر المحيط جـ٣ صحيفة ٢٤٠ .

المصالح المرسلة والملغاة من الإمام ، فأطلق على الملغاة اسم المرسلة ، أو لا يكون ذلك ، ويكون في استشهاده بما ذكر على المصالح المرسلة خروج عن المقام المتنازع فيه ، والكُلُّ باطل ، إلا أنَّ الاحتمال الأول بعيد كل البعد صدوره عن الإمام ، ومن أجل أنَّ ما قاله الإمام عن مالك كذلك رددنا جميع ما ذكره عنه من مسائل ، وبيَّنا عدم قوله بها وأنَّهَا ليست من المصالح المرسلة في شيء .

ثالثاً : تحقيق مذهب الغزالي :

لقد ذكرنا فيما تَقَدَّم أنَّ للغزالي مذهبين :

أحدهما : القول بالمصالح المرسلة إذا كانت ضرورية أو حاجية ، وردَّها إن كانت تحسينية .

والثاني : القول بها إن كانت ضرورية فحسب ، وقلنا : إنَّ هذا مذهبه في المستصفى ، والأول مذهبه في الشفاء ، وهذه الحقيقة قد خفيت على بعض من الباحثين فرأوا التساوي بين مذهبي الغزالي في كتابيه ، وبنوا على ذلك أنَّ مذهب الغزالي هو القول بالمصلحتين : الضرورية والحاجية . وقد بيَّنا خطأ هذا الفهم وبيَّنا سبب الخطأ ، وهو الاعتماد على نص محرف جلب إليهم هذا الفهم الخاطىء ، والرأي المجانب للحقيقة والصَّواب .

رابعاً : المختار من المذاهب في المصلحة والاستحسان :

لقد قَدَّمْتُ في مبحث الاستحسان عند عرض المذاهب فيه أنَّه نوع من المصلحة المرسلة ، وأنَّ الخلاف في المصلحة المرسلة والمذاهب فيها ، وحجة كل من القائلين بها والمانعين لها ، كُلُّ ذلك منصبٌّ أيضاً على حقيقة

الاستحسان المصلحي ، وليست هذه الخلافات والمذاهب والحجج مساقة لنوع واحد من نوعي المصلحة ، لذلك أحلنا الكلام في بعض مباحث الاستحسان فيما تَقَدَّم على ما سبق أن ذكرناه في المصالح المرسلة ؛ لأن ما كان حجة هناك فهو حجة هنا أيضاً .

هذا وإذا كان الكلام في المصلحة إنَّمَا هو فيها جملة ، فمن يقولون بها بإطلاق يريدون القول بها بجميع أنواعها ، أعني : كانت ضرورية أو حاجية أو تحسينية ، كما يريدون جميع أفرادها كما تَقَدَّم قريباً . ويريدون أيضاً أنَّ هذا الإطلاق منصبٌّ على كلا القسمين والنوعين من أنواع المصلحة ، أعني مخصصة للأدلة ، وغير مخصصة لها .

ومن حصروا القول بالمصلحة في بعض أنواعها وهو الضروري فقط ، أو الضروري والحاجي كالغزالي يريدون شمول المصلحة بقسميها : استحسانية أو غيرها .

وبعد هذه المقدمة التي لا بد منها ، أرى أنَّ الصواب هو تساوي جميع أفراد المصلحة في الاحتجاج بها وجعلها دليلاً قربت من الأدلة الخاصة أو بعدت ، كما أرى أنَّ الصواب الأخذ بجميع أنواعها : ضرورية أو حاجية أو تحسينية ، أرى ذلك في المصلحة التي لم تقع من الأدلة موقع المخصص والمقيد لها ، أمَّا ما وقعت هذا الموقع فأرى العمل بها إذا كانت ضرورية أو حاجية فقط ، لا ما كانت تحسينية .

ودليل هذه التفرقة هو :

أولاً : أنَّ القول بها بجميع أنواعها : ضرورية أو حاجية أو تحسينية ،

ليس هناك ما يمنعه ، إذ المصلحة إنَّمَا اعتبرت لأنَّنا فهمنا من استقراء أدلة الشَّرع مراعاتها للمصالح ، ومراعاة المصالح ليست قاصرة على نوع دون نوع ، إذ الأدلة أفادت أنَّ الشَّريعة راعت المصالح كلها : ضرورية ، أو حاجية ، أو تحسينية ، فإذا كان المستند هو مراعاة الشَّارع للمصلحة ، فهذا قدر مشترك بين جميع أنواع المصالح ، لذا رأينا أن نحكم لها بحكم واحد ، هو قبول جميع أفرادها حتى يأتينا دليل التخصيص ببعض الأنواع .

ثانياً : أنَّ المصلحة غير المقابلة للنصوص والمعارضة لها لا يلزم على القول بها بجميع أنواعها محظور ، ذلك أنَّ المصلحة المعارضة في العمل بها إهدار لما أفاده النص من العموم والإطلاق ، والتصرف في النص بالتخصيص والتقييد إنَّمَا يكون لدليل راجح .

أمَّا المصلحة غير العارضة فلم يلزم منها هذا المحظور لعدم وجود دليل يقابلها ويقوم في وجهها ، وإذا لم يترتب على العمل بها بجميع أنواعها شيء ، فلا داعي لقصر العمل بها على نوع دون نوع .

ثالثاً : أنَّ الصحابة قد حكموا بمقتضى المصالح التي لا تدعو إليها ضرورة ، ولا حاجة . ففرضوا لعمالهم ما زاد على حاجتهم ، فقد كان عمر - رضي الله عنه - يفرض لعامله نصف شاة يومياً كما مَرَّ .

كما أنَّ الأمة الإسلامية درجت من أقدم عصورها على التأنق والإبداع في بناء المساجد والمدارس الإسلامية مما لم يسبق له نظير في الشَّرع ، وجعلوها في قوالب لا تدعو إليها ضرورة ولا تمس لها حاجة ، مما ليس فيه شغلٌ عما اتخذت هذه المؤسسات لأجله من انشغال البال بها حتى يؤدِّي

إلى خلل العبادة ونحو ذلك ، وإلا فتكون المصلحة إذاً ملغية لقيام الأدلة إلى منع ما يشغل عن ذكر الله .

فبهذا يظهر أنَّ العمل بالمصلحة المرسلة غير المعارضة لا يختص بنوع دون نوع ، بل الجميع في ذلك سواء . وأمَّا أنَّ العمل بها في حالة التخصيص يقصر على الرتبتين : الضرورية والحاجية فقط ، فلأنَّ الأصل في الدليل الخاص المعين أن يحمل على ظاهره ، فالعام على عمومه والمطلق على إطلاقه ، إلا أن يقوم دليل على عدم إرادة العموم والإطلاق ، يعارض ذلك الظاهر ويقوى عليه ، فحينئذ يترك كل من مقتضى العموم والإطلاق لذلك الدليل المعارض القوي .

وقوة المعارض متوافرة في كلا النوعين من المصلحة ، أعني : الضرورية والحاجية ، لقيام الأدلة المتضافرة التي تمزق كل ريب وشك ، على أنَّ الشَّارع دفع عن الخلق المشقة والحرج ، فأولى ما أدَّى إلى فوات مصلحة ضرورية ، حتَّى لقد ذهب بعض العلماء إلى وضع قاعدة مفادها : أنَّ مواضع الحرج والمشقة مستثناة من القواعد .

أمَّا في المصلحة التحسينية فإنَّ النَّاس ينبغي لهم الالتزام بالظاهر ، وليس هناك ما يصرفهم عنه من ضرورة ولا حاجة ، على أنَّ المصالح التحسينية والترفيهية لم تبلغ أدلتها فيما أظن مبلغ الأدلة التي أفادت مراعاة الشَّارع لما سواها من الضروريات والحاجيات ، ولذا كانت المصلحة في هاتين آكد طلباً ، وأخطر جانباً ؛ لتوقف سير الحياة التكليفية عليهما ، بخلاف تلك ، فإنَّ ذلك لا يختل بانعدامها ، ولذا نجد بعض المالكية حينما

منعوا جواز المعاملة بالدراهم والدنانير ومبادلتها ؛ لما فيها من الزيادة اليسيرة ، احتجوا لهذا المنع بأنَّ الأمر يؤدِّي إلى تخصيص النصوص القوية الدلالة على تحريم الربا مطلقاً ، بمصلحة لا يتأكد طلبها ، وإنَّمَا هي من باب المعروف والمكارمة وعدم المشاحنة . ومثل هذه من المصالح لا ترقى إلى تخصيص النصوص .

والمسألة هي هل تجوز مبادلة الدراهم والدنانير مع زيادة في بعضها طفيفة؟ فقيل : نعم ، وقيل: لا ، والمنع هو القياس والنظر ، ويقول الحطاب في ذلك : والنظر يوجب منعها على الوجه الذي ذكروه ، لأنَّ الشَّرع طلب المساواة في القدر ، والعلم بها غير حاصل في المبادلة ، فلا يجوز قصد المعروف على انفراده أن يكون مخصصاً لتلك العمومات الدالة على طلب المساواة [1]، وقال الخرشي : وقصد المعروف بانفراده لا يخصص العمومات الدالة على منع ذلك [2] .

ومقابل القول بالمنع القول بالجواز ، ويرى أهله ألا مانع من تخصيص المعروف للنصوص ، ويستدلون على ذلك بالقرض ، فإنَّه فيه بيع الذهب بالذهب ، أو الدنانير بالدنانير نسيئة ، ومع ذلك جاز للمعروف .

وعلى الرأي الأخير يتخرج ما ذهب إليه القرافي وابن العربي من جواز إعمال المصلحة بجميع أنواعها ولو كانت استحسانية ، كما قَدَّمْنَا ذلك عن القرافي من إقامته الأدلة على اعتبارها والاحتجاج بها بجميع أنواعها ،

---

(١) انظر : الحطاب على خليل جـ ٤ ص ٣٣٢ .
(٢) الخرشي على خليل جـ٥ ص ٥٠ .

وكما قَدَّمْنَا أيضاً عن ابن العربي من تخصيص وجوب الرضاع على الأم بما عدا الشَّريفة ، ومصلحة الشَّريعة في عدم إلزامها بالرضاع تحسينية ، إذ إيجابه عليها لا يؤدِّي بها إلى ضرر ولا مشقة .

والرأي الأول يتمشَّى مع ما ذهب إليه الشَّاطبي وابن سراج ، وما نقله المواق كما تَقَدَّم . على أنَّ حقيقة الاستحسان -ومنه الاستحسان المصلحي- تمنع التخصيص بالمصلحة التحسينية ، إذ حقيقته ترجع إلى تخصيص دليل بآخر إذا كان في طرده والسير به على مقتضى العموم يوقع في الحرج والمشقة ، ولذا نجد ابن العربي يعرفه بأنَّه : إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به ... ثُمَّ جعل من أقسامه ترك الدليل للمصلحة ورفع الحرج الذي هو موضوعنا هذا ، كما نجد ابن رشد أيضاً عرفه بما يفيد أنَّه عبارة عن ترك الدليل في بعض الأحوال ، لأنَّه يؤدِّي إلى الغلو والمبالغة في الحكم .

وما المبالغة والغلو اللذان يعنيهم ابن رشد إلا كون الدليل يورث تطبيقه في جميع أفراده الحرج والمشقة ، فيخص فيما أدَّى منه إلى ذلك بالمصلحة .

ومن المعلوم أنَّه لا يوجد في التخصيص بالمصلحة التحسينية هذا المعنى ؛ لأنَّه لا حرج في تطبيق مدلول الدليل عموماً يحصل عند عدم التخصيص بها ، إذ لا حرج في عدمها حتى يرفع بتحكيمها وتخصيص الدليل بها ، بخلاف ما إذا كانت المصلحة حاجية ، وأولى إن كانت ضرورية .

ولذا نجد في جعل مسألة الرضاع بالنسبة للشريفة من المصالح التحسينية الذي قال به ابن العربي ، وهو مذهب مالك أيضاً ، نجد في ذلك

بعض المخالفة لما ذكره ابن العربي في تعريف الاستحسان ، اللهم إلا أن نقول : إنَّ ابن العربي يرى المصلحة في هذه المسألة حاجية أو على الأقل حاجية بالنسبة للشريفة ، وإلا فمقتضى ضابط المصلحة التحسينية يشملها ، لأنَّه لا يترتب على رضاع الشريفة إخلال بضروري ولا حاجي .

والخلاصة أنَّ الظروف والملابسات التي أحاطت بالمصالح الضرورية والحاجية ، غير ظروف التحسينية ، ومن أجل هذا خصصنا بهما دونها . والله أعلم .

ولقائل أن يقول : ألا يجوز أن تخصص المصلحة المرسلة التحسينية لدليل تضمن لمصالح تحسينية إذا كانت هذه المرسلة أرجح ، كما جاز التخصيص بالمصلحة الحاجية للدليل الذي تضمن مصلحة حاجية مرجوحة بالنسبة لها ؟ .

والظاهر أنَّ جواز ذلك في المصلحة الحاجية لأجل الداعي لهذا التخصيص ، وهو الحاجة والمشقة في الانصياع مع مقتضى العموم والإطلاق، وهو لا يوجد بالنسبة للمصلحة التحسينية . والله أعلم بالحقيقة .

خامساً : مذهب الباقلاني كما أراه :

لقد اشتهر في كتب الأصول وتواتر نقل أصحابها عن القاضي أبي بكر الباقلاني أنَّه ينكر المصالح مطلقاً ، ويجعلون مذهبه مقابلاً لمذهب من يقولون بالمصلحة بإطلاق : كمالك ومَنْ سار على نهجه ، ذكر هذا الغزالي وإمام الحرمين والشَّاطبي وغيرهم ، وقد درج على هذا مَنْ كتبوا

في الأصول ممن تعرضوا لرأي الباقلاني ، فاتفق الجميع على أنَّه يمنع المصلحة بجميع أنواعها .

ولكن الذي توصلت إليه من خلال بحثي في هذا الموضوع ، أنَّ الباقلاني لا ينكر المصلحة المرسلة حسبما نقل أولئك وتبعهم هؤلاء ، وأنَّ الرجل القائل بالمصلحة المرسلة إن لم يكن في كل نوع ففي بعض الأنواع .

أخذنا هذا مما نقله عنه ابن حجر في شرح حديث : « جمع المصحف في زمن الصحابة ، فأفادنا تخريج الباقلاني لعملهم وتنزيله له على الأدلة الشَّرعية ، قوله بالمصلحة المرسلة . ذلك أنَّه ذكر جمعاً من الأدلة في قضايا مختلفة تجتمع في أمر واحد ، هو أنَّ الشَّريعة جاءت بحفظ القرآن ، فذكر أنَّ الله تعهد بالقرآن جمعاً وقراءةً لنبيه ، وأنَّه في صحف الأولين ، وأنَّه في صحف مكرمة مرفوعة مطهرة ، وأنَّ النَّبيَّ ﷺ قال : « لا تكتبوا عني غير القرآن » ، وأنَّ الرسول ﷺ قال : « الدِّين النصيحة لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم » .

فأنت ترى أنَّ هذه الأدلة تناولت قضايا غير القضية التي بسطت أمام الصحابة ليدلوا فيها برأيهم ، إذ القضية المطروحة جمع القرآن في مصحف على ترتيبه هذا الذي هو عليه الآن . وهذا لم يتناوله دليل معين من الأدلة التي ذكرها الباقلاني بخصوصه ، وإنَّمَا تناولته هذه الأدلة مجتمعة من حيث إنَّها أفادت معنى واحد هو الحفظ ، وجمع القرآن نوع من الحفظ .

وهذا الذي سلكه القاضي في تخريج فعل الصحابة هو نفس المنهج

الذي سلكه جمع من الأصوليين في إثبات المصالح المرسلة ، وذلك أنَّهم قالوا : إنَّ موارد الشَّريعة وأدلتها الجزئية استقرئت وتتبعت فألفيت جميعها تدور على حفظ المصالح ومراعاتها ، وقد تَقَدَّم ذلك في الباب التطبيقي في مثال جمع القرآن باستفاضة وتوجيه وتعليل أوفى من هذا .

وبهذا يصبح القول بأنَّ الباقلاني ينكر المصلحة المرسلة عموماً قولاً غير محرر ولا صحيح النقل ، هذا ما نقوله عن الباقلاني .

ولعَلَّ الذي يبحث يجد الباقلاني أيضاً قائلاً بالمصلحة في غير هذا النوع الذي تضمنه مثال جمع القرآن إلا أنَّ الذي عثرنا عليه ، ونطمئن بأنَّ الباقلاني قائل به ، هو ما كان ضرورياً من المصالح ، وأمَّا ما عداه من الأنواع فلا نصدر فيه قولاً بالمنع ولا بالإذن ، وإنَّمَا نكل أمر هذا لله تعالى .

وقد يمكن التوفيق بين النقل عن الباقلاني وما رأيناه ، بأنَّه يمنع التخصيص بالمصلحة ، إمَّا ابتداء حكم بها لم يسبق دخوله تحت دليل من الأدلة في الظاهر ، فلا يمنعه ، أو يمنع كل مصلحة ما لم تكن ضرورية ، كمثال جمع القرآن ، كل ذلك يجوز . والله اعلم .

تحكيم هذين الأصلين في العصر الحاضر :

وأخيراً ، فهل يمكن استعمال هذين الأصلين دليلاً على الأحكام ، ومستنداً في الفتاوى في وقتنا الحاضر الذي اختلفت فيه جميع أنواع الحياة ، فجدت حوادث لا عهد بها ، وطرأت معاملات اضطر النَّاس كما يرون إلى التعامل بها ، وما من يوم إلا وأساليب الحياة تزداد تعقيداً يحتاج

إلى حلول الإسلام وأحكامه العادلة التي لا معقب لها ، خصوصاً وأنَّ غير المصلحة من الأدلة إن اتسع لبعض هذه الحوادث ، فليس فيه متسع لكل ما يجد من حوادث قطعاً .

وإذا كانت العصور الأولى التي كان النَّاس فيها أقرب إلى عصر التشريع من حيث تشابه الحوادث والوقائع وقلتها قد احتاج أهلها إلى العمل بالمصلحة في كثير من الأمور فنحن اليوم أحوج إلى ذلك منهم لتباين الحياة والمعاملات ، والأخلاق والمثل .

فهل لأجل هذا يمكن استعمال هذا الأصل في تخريج الحوادث التي لم يدل عليها دليل من الأدلة أو لا ؟

الجواب : أنَّ هذا لا يمكن وليس ذلك لعدم جواز استعمال هذا الأصل ، وإنَّمَا ذلك لصعوبة وجود الأهلية التي يمكنها استعمال هذا الأصل .

والسبب في ذلك أن هذا الأصل كما تَقَدَّمت حقيقته وماهيته لا يحيط به علماً إلا من اطلع على جميع موارد الشَّريعة وأدلتها ، فعرف بناء على ذلك المسائل التي جاء فيها حكم عن الشَّارع ، والمسائل التي أطلقت وأرسلت عن حكم الشَّارع عليها بإذن أو منع .

كما أنَّ تحكيم هذا الأصل يحتاج علاوة على ما تَقَدَّم إلى معرفة مقاصد الشَّارع في أحكامه وتشريعاته ، ومراتب تلك المقاصد ، وتفاوت تلك المراتب قوة وضعفاً ، بالإضافة إلى معرفة مقاصد الأولين ، ومراميهم من كتبهم التي لا بد لمن يتصدى لهذا الأمر أنَّ يتتلمذ عليها ، وأن يأخذ من معينها ، فهي الأستاذ وهي الهادي إلى تلك الغاية .

وليس بخفيٍّ أنَّ العهد بتلك المؤلفات المودعة لتلك الحكم والأسرار ، قد ضعف حتَّى أوشكت أن تكون نسياً منسياً ، مع أنَّ الباحث لا يمكنه أن ينفذ إلى التعلق بالمصلحة كدليل إلا عن طريقها .

ولا أرى في معاهدنا العلمية ومدارسنا الإسلامية اليوم بمختلف أطوارها وشتَّى مراتبها ما فيه الوفاء بذلك ، ولا بطرف من ذلك ، ولا أظنني أحتاج إلى الاستدلال على تقاعد تلك الدور العلمية عن التسبب في الوصول إلى تلك الحقيقة ، فإنَّ من له أدنى علم بما صار إليه واقع دور العلم الشَّرعي اليوم ، لكفيل بإدراك السبب في عدم تأهل ذويها لمثل هذا الشَّأن .

والسبب في تقاصر تلك الدور العلمية عن هذا الأمر ، أو من الأسباب فيه : منهجها ، سواء في ذلك منهج العلوم الآلية التي هي بمثابة وسائل للعلوم الشَّرعية من لغة وغيرها ، ومنهج العلوم الشَّرعية التي هي المقصد من إنشاء تلك الدور ، فإنَّ فيها ضعفاً ظاهراً لا يختلف فيه اثنان ، فقد عدت عليها العلوم العصرية فأضعفت جانبها ، بل كادت أن تحل محلها ، وتسيطر على مكانتها . فحينما يتغير هذا الحال ، ويصير أمر هذه المعاهد إلى الحالة التي يتمكن روادها من ممارسة هذا الأمر والإحاطة به كما وصفت سابقاً ، فليس هناك ما يقف دون ذلك .

وأنَّى لنا ببلوغ هذا الأمل ونحن على ما نحن عليه من حال تغني عن الاستفصال والسؤال ، وهذا الحكم بالنسبة للغالب ، وإلا فهناك من

علمائنا ومشايخنا مَنْ رسخت فيه هذه الملكة وتحلوا بهذه الأهلية ، فهم أهل لذلك .

فالخلاصة : أنَّ الأصل جواز استعمال هذا الدليل وبناء الأحكام عليه إلا أنَّه قد عرض ما يمنع استعماله ، وهو عدم الأهلية والاستعداد لتحكيمه وتطبيقه .

ولله في هذا در الإمام ابن رشد في بدايته حيث ذكر المصالح ، وخلاف العلماء فيها ، وأنَّ كُلاًّ من العمل بها والترك له لا يسلم من توقع المحظور ، ثُمَّ فوض أمر الاحتكام إلى هذا الأصل إلى ولاة الأمر الخبراء بهذا الأصل ، فقد قال في هذا :

« القياس المصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء ... حتَّى إنَّ قوماً رأوا أنَّ القول به شرع زائد ، وأنَّ إعماله يوهن ما في الشَّرع من التوفيق ، وأنَّه لا تجوز الزيادة كما لا يجوز النقصان ، والتوقف أيضاً عن اعتبار المصالح تطرق للنَّاس أن يتسرعوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس إلى الظلم ، فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها ، وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أنَّ في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقاً إلى الظلم » .

فقد أجاز العمل بهذا الأصل لطبقة خاصة من النَّاس هم العلماء بالشَّرع وحكمه العدول ، الذين لا يتهمون في حكمهم ، فإذا وجد هذا فلا إشكال في جواز الحكم بالمصلحة . والله أعلم .

هذا آخر ما مَنَّ الله بتسطيره في هذا البحث :

« المصالح المرسلة والاستحسان »

فأسال الله أن يثيبني الثواب الجزيل فيما أصبت فيه عين الحق ، وأن يتجاوز عني فيما أخفقت فيه ، وأن يجعل هذا العمل بداية خير ، وأن يحسن ختامنا ويتولانا برعايته ولطفه ، آمين .

اللَّهُمَّ إنَّا نسألك إيماناً دائماً ، ونسألك قلباً خاشعاً .

ونسألك علماً نافعاً ، ونسألك يقيناً صادقاً .

ونسألك ديناً قيماً ، ونسألك العافية من كل بلية .

ونسألك تمام العافية ، ونسألك دوام العافية .

ونسألك الشكر على العافية ، ونسألك الغنى عن النَّاس .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

زين العابدين العبد محمد النور

ثبت المصادر والمراجـع

مرتب حسب الفنون

* القرآن الكريم .

ثبت المصادر والمراجــع

(مرتب حسب الفنون)

كتب التفسير

١ - أحكام القرآن لابن العربي ، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي ، عيسى الحلبي .

٢ - تفسير أبي السعود ، لمحمد بن محمد العمادي ، المطبعة الأميرية والخيرية .

٣ - تفسير النسفي ، لعبد الله بن أحمد بن محمود النسفي ، الحسينية .

٤ - الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي ، دار الكتب المصرية .

٥ - مفاتيح الغيب ، لمحمد فخر الدين الرازي الشّافعي ، الأميرية والخيرية .

كتب الحديث وشرحه

٦ - الأربعين النووية بشرح الشبراخيتي ، ليحيى بن شرف النووي ، البهية الوهبية .

٧ - إرشاد الساري شرح صحيح البخاري ، لأحمد بن محمد القسطلاني ، الأميرية .

٨ - الجامع الصحيح للترمذي ، للحافظ محمد بن عيسى ، الأميرية .

٩ - ذخائر المواريث في الدلالة على مواضع الحديث ، للعارف بالله عبدالغني النابلسي ، جمعية النشر الأزهرية .

١٠ - سنن أبي داود وشرحه عون المعبود ، لأبي داود سليمان بن الأشعث ، طبعة الهند .

١١ - سنن ابن ماجه ، للحافظ محمد بن يزيد القزويني ، عيسى الحلبي .

١٢ - شرح الأبي على مسلم ، لمحمد بن خلفه بن عمر الأبي ، السعادة .

١٣ - شرح الزرقاني على الموطأ ، لمحمد بن عبد الباقي الزرقاني ، التجارية .

١٤ - صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، لمحمد بن إسماعيل البخاري ، الحلبي والخشاب .

١٥ - صحيح مسلم ، للإمام مسلم بن الحجاج ، عيسى الحلبي .

١٦ - الفتح الكبير ، للشيخ يوسف النبهاني ، مصطفى وعيسى الحلبي .

١٧ - كشف الخفا ومزيل الإلباس ، لإسماعيل بن محمد العجلوني ، مطبعة الفنون بحلب .

١٨ - مختصر البخاري مع شرحه للشنواني ، لأبي محمد عبد الله بن أبي جمرة ، عيسى الحلبي .

١٩ - منتخب الصحيحين ، للشيخ يوسف النبهاني ، العلمية .

٢٠ - منتقى الأخبار وشرحه نيل الأوطار ، لمجد الدين عبد السلام بن تيمية ، والشوكاني ، الحلبي .

٢١ - المنتقى شرح الموطأ ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ، السعادة .

٢٢ - موطأ مالك ، لأبي عبد الله مالك بن أنس ، عيسى الحلبي .

كتب العقيدة

٢٣ - حاشية الأمير على عبد السلام على الجوهرة ، لمحمد بن محمد بن عبدالقادر الأمير المالكي ، الأزهرية .

٢٤ - الدين ، لمحمد عبد الله دراز ، مطبعة السعادة .

٢٥ - شرح البيجوري على الجوهرة، لإبراهيم البيجوري الشافعي، الأميرية .
٢٦ - شرح البيجوري على السنوسية ، لإبراهيم البيجوري الشافعي ، الأميرية .
٢٧ - شرح الدردير على خريدته ، لأحمد بن محمد أبي البركات الدردير ، الأزهرية .
٢٨ - شرح اللقاني على الجوهرة، لعبد السلام بن إبراهيم اللقاني المالكي ، الأزهرية .

كتب الأصول

٢٩ - الآيات البينات ، لأحمد بن قاسم العبادي ، الأميرية .
٣٠ - الأبحاث السامية ، للفقيه المحقق محمد المرير المغربي ، طبع بتطوان بالمغرب سنة ١٩٥١م .
٣١ - الإحكام في أصول الأحكام ، لسيف الدين أبي الحسن علي الآمدي ، صبيح .
٣٢ - الإحكام في أصول الأحكام ، لأبي محمد علي بن حزم الأندلسي ، السعادة .
٣٣ - إرشاد الفحول ، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، الحلبي .
٣٤ - أصول البزدوي ، لعلي بن محمد فخر الإسلام البزدوي ، طبعة تركيا .
٣٥ - أصول التشريع ، للأستاذ علي حسب الله ، دار المعارف .
٣٦ - الاعتصام ، لإبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي ، مطبعة المنار .
٣٧ - البحر المحيط ، لبدر الدين الزركشي ، مخطوط مكتبة الأزهر رقم (٢٠).

٣٨ - البرهان ، لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك ، مخطوط مكتبة الأزهر (٩١٣) .
٣٩ - التحرير ، لكمال الدين بن الهمام ، الأميرية مع الشرح .
٤٠ - تخريج الفروع على الأصول ، لشهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني ، مطبعة جامعة دمشق .
٤١ - تسهيل الوصول إلى علم الأصول ، لمحمد بن عبد الرحمن عيد المحلاوي الحنفي ، الحلبي .
٤٢ - تعليل الأحكام ، للشيخ محمد مصطفى شلبي ، مطبعة الأزهر .
٤٣ - التقرير والتحبير على التحرير ، لمحمد بن أمير حاج ، الأميرية .
٤٤ - تقريرات دراز على الموافقات ، للشيخ عبد الله دراز ، مصطفى محمد .
٤٥ - تقريرات الشربيني على جمع الجوامع ، للشيخ عبد الله الشربيني ، الأزهرية .
٤٦ - تكملة الإبهاج على المنهاج ، لعبد الوهاب بن علي السبكي ، التوفيق .
٤٧ - تلخيص القياس ، للشيخ يوسف موسى المرصفي ، وادي الملوك .
٤٨ - التلويح على التوضيح ، للإمام سعد الدين التفتازاني ، الخشاب .
٤٩ - التنقيح ، لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ، الخشاب .
٥٠ - تنقيح الفصول ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، الخيرية .
٥١ - التوضيح على التنقيح ، لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ، الخشاب .
٥٢ - جمع الجوامع مع الشرح ، لعبد الوهاب بن علي تاج الدين السبكي ، الأزهرية .
٥٣ - حاشية الأزميري على المرآة ، لملا خسرو محمد بن فراموز ، استانبول .

٥٤ - حاشية البناني على محلي جمع الجوامع ، لعبد الرحمن بن جاد الله البناني، الأزهرية .

٥٥ - حاشية التفتازاني على العضد ، لسعد الدين التفتازاني ، الأميرية .

٥٦ - حاشية الرهاوي على شرح المنار ، للعلامة الشيخ محيي الرهاوي المصري ، استانبول .

٥٧ - حاشية العطار على محلي جمع الجوامع ، لحسن بن محمد العطار ، العلمية .

٥٨ - حاشية الفنري على التلويح ، للشيخ الفناري الحنفي ، الخشاب .

٥٩ - الرسالة ، لمحمد بن إدريس الشافعي ، الحلبي .

٦٠ - رسائل الإصلاح ، للشيخ محمد الخضر حسين ، مكتبة القدسي .

٦١ - رسالة الطوفي مع مصادر التشريع ، لسليمان بن عبد القوي بن عبدالكريم ، دار القلم بالكويت .

٦٢ - روضة الناظر ، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، السلفية .

٦٣ - شرح تنقيح الفصول ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس ، الخيرية .

٦٤ - شرح المحلي على جمع الجوامع، لشمس الدين محمد بن أحمد المحلي، الأزهرية .

٦٥ - شرح شيخ الإسلام على مختصره ، لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ، الحلبي .

٦٦ - شرح العضد على ابن الحاجب ، لعبد الرحمن بن أحمد الإيجي ، بولاق .

٦٧ - شرح الورقات، لأحمد بن قاسم العبادي ، الخيرية .

٦٨ - شفاء الغليل للغزالي (حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد)، مطبعة الإرشاد، بغداد، مخطوط مكتبة الأزهر رقم ١٠٧ .

٦٩ - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، للأستاذ محمد سعيد رمضان البوطي، مطبعة العلم بدمشق .

٧٠ - الضياء اللامع على جمع الجوامع، لأحمد بن عبد الرحمن بن موسى عرف بحلولو، مخطوط مكتبة الأزهر رقم ٦٣٧ .

٧١ - فصول البدائع في أحكام الشرائع، لمحمد بن حمزة الفناري، طبع تركيا .

٧٢ - فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، بولاق .

٧٣ - كشف الأسرار على أصول البزدوي، لعبد العزيز محمد علاء الدين البخاري، الآستانة .

٧٤ - اللمع، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، السعادة .

٧٥ - المحصول، لمحمد فخر الدين الرازي، مخطوط دار الكتب المصرية رقم ١٣٠ .

٧٦ - مختصر جمع الجوامع، لأبي يحيى شيخ الإسلام زكريا الأنصاري، طبعة الحلبي مع الشرح .

٧٧ - مختصر ابن الحاجب، لعثمان أبي عمرو بن الحاجب المالكي، الأميرية .

٧٨ - المستصفى، لحجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي، بولاق .

٧٩ - مسلم الثبوت، لمحب الدين بن عبد الشكور، بولاق .

٨٠ - المسودة، لآل تيمية عبد السلام، وعبد الحليم، وأحمد بن عبد الحليم، مطبعة المدني، تحقيق محيي الدين .

٨١ - مصادر التشريع فيما لا نص فيه ، للشيخ عبد الوهاب خلاف ، دار القلم بالكويت .
٨٢ - المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي ، للدكتور مصطفى زيد ، دار الفكر العربي .
٨٣ - مغيث الخلق في القول الأحق ، لإمام الحرمين عبد الملك .
٨٤ - مفتاح الوصول في علم الأصول ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد التلمساني المالكي ، دار الكتاب العربي .
٨٥ - مقاصد الشريعة ، لمحمد الطاهر بن عاشور ، المطبعة الفنية بتونس .
٨٦ - مالك ، للشيخ محمد أبي زهرة ، مطبعة الاعتماد .
٨٧ - مناهج العقول ، للإمام محمد بن الحسن البدخشي ، صبيح .
٨٨ - المنتهى ، لعثمان أبي عمر بن الحاجب المالكي ، السعادة .
٨٩ - منتهى السول ، لسيف الدين أبي الحسن علي الآمدي ، صبيح .
٩٠ - المنخول ، لحجة الإسلام الإمام محمد بن محمد الغزالي ، طبع ببيروت .
٩١ - منهاج الأصول ، لعبد الله بن أبي القاسم بن عمر البيضاوي ، صبيح .
٩٢ - الموافقات ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشَّاطبي ، مصطفى محمد .
٩٣ - النبذ في أصول الفقه الظاهري ، لأبي محمد علي بن حزم الظاهري ، عزت العطار .
٩٤ - نبراس العقول ، للشيخ عيسى منون ، المنيرية .
٩٥ - النبراس في مباحث من القياس ، للشيخ سلمان عبد الفتاح ، مطبعة العلوم .

٩٦ - نزهة الخاطر العاطر على روضة الناظر ، للشيخ عبد القادر بن أحمد الدمشقي - السلفية .

٩٧ - نفائس الأصول ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، مخطوط دار الكتب برقم ٤٧٢ .

٩٨ - نهاية السول ، لجمال الدين عبد الرحيم الإسنوي ، صبيح .

كتب الفقه

الفقه المالكي :

٩٩ - حاشية حجازي على الأمير ، لحجازي بن عبد اللطيف العدوي ، الشرفية .

١٠٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لمحمد عرفة الدسوقي الكبير المالكي ، الحلبي وبولاق .

١٠١- حاشية الرهوني على عبد الباقي ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الرهوني ، بولاق .

١٠٢- حاشية ضوء الشموع على المجموع ، لمحمد بن عبد القادر الأمير المالكي، الشرفية .

١٠٣- حاشية كنون على عبد الباقي، لمحمد بن المدني كنون الفاسي، بولاق .

١٠٤- الخرشي على متن خليل ، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، بولاق .

١٠٥- الزرقاني على خليل ، للشيخ عبد الباقي الزرقاني ، محمد مصطفى .

١٠٦- شرح الأمير (محمد بن محمد بن أحمد الأمير) على مجموعه، لمحمد ابن محمد بن أحمد الأمير، الشرفية .

١٠٧- شرحا زروق وابن ناجي على الرسالة ، للعلامة سيدي أحمد زروق ، والعلامة قاسم ابن ناجي ، بمطبعة الجمالية .

١٠٨- الشرح الكبير ، لأحمد بن محمد الدردير أبي البركات ، الحلبي والأميرية .

١٠٩- شرح المواق على خليل ، لمحمد بن يوسف العبوري ، السعادة .

١١٠- مختصر أبي الضياء خليل بن إسحاق الجندي ، عيسى .

١١١- منح الجليل على خليل، لمحمد أحمد عليش شيخ المالكية، بولاق .

١١٢- مواهب الجليل على خليل ، لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، السعادة .

الفقه الحنفي :

١١٣- البحر الرائق على الكنز، لابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، العلمية .

١١٤- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، بولاق .

١١٥- درر الحكام في شرح غرر الأحكام، للقاضي الشهير بملا خسرو الشرفية .

١١٦- الدر المختار على متن تنوير الأبصار ، بولاق .

١١٧- رد المحتار على الدر المختار، لمحمد بن عابدين ، بولاق .

١١٨- رسائل ابن عابدين ، لمحمد بن عابدين ، تركيا .

١١٩- فتح القدير لابن الهمام، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد، بولاق.

١٢٠- المبسوط للسرخسي أبي بكر محمد بن سهل ، السعادة .

١٢١- الهداية شرح بداية المبتدي، لبرهان الدين علي الميرغناني، بولاق .

الفقه الشّافعي :

١٢٢- الأم ، للإمام محمد بن إدريس الشافعي ، الأميرية .

١٢٣- تحفة المحتاج ، لأحمد بن حجر الهيتمي ، مصطفى محمد .

١٢٤- حاشية الشرواني على التحفة ، للعارف بالله الشيخ عبد الحميد الشرواني ، مصطفى محمد .

١٢٥- المجموع ، ليحيى بن شرف النووي ، مطبعة الإمام .

١٢٦- مغني المحتاج على المنهاج ، للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، الحلبي .

١٢٧- المنهاج للنووي ، يحيى بن شرف ، الحلبي مع الشرح .

١٢٨- المهذب ، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ، مطبعة الإمام مع الشرح .

١٢٩- نهاية المحتاج ، لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي ، الحلبي .

فقه الحنابلة :

١٣٠- متن الخرقي ، لأبي القاسم عمر بن حنى الخرقي ، المنار مع الشرح .

١٣١- المغني ، لأبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة ، المنار .

كتب الفقه العام والقواعد

١٣٢- الأشباه والنظائر ، لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الحلبي .

١٣٣- أعلام الموقعين ، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ، مطبعة النيل .

١٣٤- بدائع الفوائد ، لأبي عبد الله محمد بن قيم الجوزية ، المنيرية .

١٣٥- بداية المجتهد ، لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد ، الحلبي .

١٣٦- السياسة الشرعية ، للشيخ عبد الوهاب خلاف ، السلفية .
١٣٧- الطرق الحكمية ، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ، الآداب .
١٣٨- الفروق، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، عيسى الحلبي .
١٣٩- قواعد الأحكام ، لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، مصطفى محمد .
١٤٠- الميزان ، لسيدي عبد الوهاب الشعراني ، الشرقية .

كتب التراجم والتواريخ

١٤١- الأعلام ، لخير الدين الزركلي ، الطبعة الثانية .
١٤٢- تاج التراجم في طبقات الحنفية ، للشيخ أبي العدل قاسم بن قطلوبغا ، طبع بغداد .
١٤٣- تاريخ الجبرتي ، للشيخ عبد الرحمن الجبرتي الحنفي ، بولاق .
١٤٤- ابن حنبل ، للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي .
١٤٥- الديباج المذهب في تراجم علماء المذهب ، لبرهان الدين إبراهيم ابن علي بن فرحون ، مطبعة المعاهد .
١٤٦- ذيل طبقات الحنابلة ، لشهاب الدين أحمد بن رجب الحنبلي، المعهد الفرنسي بدمشق .
١٤٧- شجرة النور الزكية ، للعلامة الجليل محمد بن محمد مخلوف ، المطبعة السلفية .
١٤٨- طبقات الشافعية، لأبي بكر بن هداية الله الحسيني، دار الآفاق ببيروت .
١٤٩- طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب السبكي، الحسينية .

١٥٠- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ، لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ، دائرة المعارف بالرباط .

١٥١- الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، لأبي الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي ، السعادة .

١٥٢- نفح الطيب، للشيخ أحمد بن محمد المقري التلمساني، السعادة .

١٥٣- نيل الابتهاج بتطريز الديباج ، لأبي العباس أحمد بن أحمد التنبلي، مطبعة المعاهد .

كتب اللغة

١٥٤- أساس البلاغة ، للإمام جار الله أبي القاسم محمود الزمخشري ، مطبعة أولاد أورفاند .

١٥٥- ترتيب القاموس ، لطاهر أحمد الزواوي ، مطبعة الاستقامة .

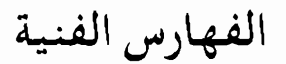
١٥٦- مختار الصحاح ، للإمام محمد بن أبي بكر الرازي، الطبعة التاسعة .

١٥٧- المصباح المنير ، لأحمد بن محمد الفيومي ، بولاق .

١٥٨- لسان العرب ، لمحمد بن مكرم جمال الدين بن منظور ، مصورة عن طبعة بولاق .

***





الفهارس الفنية

فهرس الآيات القرآنية

***

فهرس الأحاديث

***

فهرس الآثار عن الصحابة والتابعين

***

فهرس تفصيلي للموضوعات

(الجزء الأول)

الباب الأول

***

فهرس تفصيلي للموضوعات

(الجزء الثاني)

الباب الثالث

❊ ❊ ❊

